2. h. 47

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI ET ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.

Tomus Sextus

In quo continentur libri Commentariorum de Iure Civili quatuor, & varia eius Opera minora.

CVM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXIV.

Typis Joannis Riccomini.

CENSORUM PERMISSU.

Digitized by Google

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO.

Ioannes Riccomini

S. P. D.

Donellus morte præreptus fuit, nondum absolutis Commentariis de Iure civili. *Moriens autem scripta sua commendavit Scipioni Gentili I. C. cui postremam huius Operis partem debemus; qua* Liber XXIII. *& sequentes continentur. Quid in hac parte Gentilis præstiterit, ipse narrat in Epistola ad Christophorum Firx, quam volumini præmisit.* Præterquam quod, *inquit*, hoc opus magnam partem a me in lucem productum est, refectum etiam, ac perpolitum non paucis in locis, tum certe hæc postrema pars non illum fere magis auctorem agnoscit, quam me. Chartæ erant disiectæ, mutilæ, plurimisque locis inculcatæ, ad hoc ab aqua pessime acceptæ, prope ut literarum aspectus aciem oculorum fugeret. Ita factum est, ut & in legendo, & in describendo, & in componendo magnæ molestiæ exorbendæ mihi fuerint. Quæ deesse, & latere in lacuna vidi, quæ multa erant, supplevi, ut potui: adieci etiam, atque adsui ex ipsius Donelli Operibus editis Titulos unum, & alterum, quod ita res, & institutum Auctoris, adscriptioque postulabat. Effeci denique, ut hoc Commentariorum corpus, si non perfectis, atque elegantibus, attamen partibus suis constaret . . . . . . Scio, videri posse, hæc ab illo (*Donello*) paulo aliter & numero Librorum, & ordine distincta esse, quam nos edidimus: sed mutavit, ac retexuit ipsemet multa postea, ut demonstrari liquido potest ex chirographis eius Libris. *Vellem, apertius exposuisset, quid ex aliis Donelli Operibus in id volumen transtulerit. Is enim, ut lacunas expleret, integros Donelli Tractatus, integra Commentaria ad complures Titulos Digestorum, & Codicis in eas coniecit. Nam Librum XXIV. supplevit adiecto post* Cap. VIII. *Tra-*

Digitized by Google

ctatu de Iureiurando, *quem Tractatum Donellus ipse in Plantiniana editione* Commentariorum ad Digesta *anni MDLXXXII. posuerat loco Commentarii ad Titulum Digestorum* de Iureiurando. *Librum XXV. composuit congestis Commentariis Donelli ad Tit. Cod.* de Probationibus, *ad Tit. Cod.* de Testibus, *ad Tit. Cod.* de Fide instrumentorum, *& ad Tit. Cod.* Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. *Libro XXVI. adiecit loco appendicis Commentarium ad Iustiniani Imp. Constitutionem* L. unic. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. prof. *Liber XXVII. constat unico, licet prolixo, Commentario ad Tit. Digestor.* de re iudicata. *Libri XVIII. Caput I. occupat Commentarius ad Tit. Digest.* de confessis. *Ego vero in hac mea editione istas interpretationes, lucubrationes istas Donelli, quæ, ut ita dicam, in conducto habitabant, ad proprias sedes revocavi, atque suis quasque locis collocavi in commentariis ad Digesta, & Codicem Iustiniani. Quod eo monendum censui, ut ne quis forte meam hanc editionem suspicetur mancam esse, & imperfectam. Sexti huius Voluminis partem, quæ vacua remanebat, replevi illatis in hunc locum minoribus Donelli Operibus, quorum seriem proxima tabella, sive Index Volumini præfixus exhibet. Consilium, institutumque meum æqui, bonique facias. Vale.*

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI

COMMENTARIORUM

DE IURE CIVILI

Liber XXIII. XXIV. XXVI. XXVIII.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

LIB. XXIII.

LIB. XXIV.

LIB. XXVI.

Lib. XXVI.

Lib. XXVIII.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in tractatu de Pignoribus continentur.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in tractatu de iudiciis divisoriis pertractantur.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER VICESIMUS TERTIUS.

CAPUT I.

De forma & ordine iudicii exercendi: quæ huius ordinis, & in hoc ordine quæ Iudicii partes.

Nexus rerum & methodus. I.
Quis ordo & forma iudicii. II.
Iudicium civile duplex; quid utrumque, & qui nuncupetur. III.
Iudicium primum *quod vocant quatuor constare partibus; quæ illæ*. IV.
Harum optime constitutus ordo. V.
Item numerus optime constat. Hoc plenius explicatur. VI.
Transitio atque aditus ad cap. seq. VII.

I. ERgo huc usque expositæ sunt nobis duæ partes ex illis quatuor quibus iudicium constare initio diximus: Personæ ad iudicii constitutionem pertinentes, & res quæ in iudicium deducuntur, ab actore actiones, a reo exceptiones & defensiones omnes. Quarum partium in priore licet agnoscere caussam iudicii efficientem, in altera materiam, in qua iudicium civile omne versatur, & de qua iudicium est. Sequitur iudicii forma atque ordo, pars iudicii tertia, quam supra in hoc numero proposuimus. De qua vel hoc nomine maxime hoc loco cognoscendum est, quod in ea iudicii exercitio continetur, quam post illa duo superiora necessario subiici oportet. Nam, qui cognovit ad rectam iudicii futuri institutionem in personis quis, cum quo, apud quem recte agat; in rebus quid petere, quid ab adversario metuere, & adversus quas defensiones se præmunire debeat: huic si agere velle perseverabit ne frustra superiora cognorit, & frustra ad ea se instruxerit, nihil aliud superest, nisi ut cogitationem de iudicio instituendo ad rem conferat, iure agere aggrediatur, rem iudicio & certationi iudiciariæ committat.

II. In quo est illa exercitio iudicii, quam dixi. Hæc certatio, & exercitio si polita esset in cuiusque actoris, aut rei, aut iudicis libidine qui de ea re statuere possent, ut vellent, non esset cur laboraremus: rem potius uti debuit eorum arbitrio & voluntati permitteremus. Nunc autem in hac contentione certa forma & certus ordo iudicii exercendi constitutus est. Sic enim hæc nominantur *L. 4. C. de sententiis & interl. L. 1. C. de exec. rei indic.* ita constituta ut pervertere non liceat, quin quicquid adversus ea invitis litigatoribus aut uno ex his actum decretum fuerit, [1] irritum habeatur. *L. 4. L. 5. L 6.*

1) Quo de fuse post alios Vant. *de Nullit. ex defect. processus*. Et hoc perpetuum quoad quatuor has partes, quas Donellus hic recenset, seu in Ordine sobstantiali, etiam quoad litis contestationem, si vere & ex iure ea accipitur, quo de suo loco. Cæterum Ordo duplex statuitur: Substantialis qui omissus semper vitiat. Et non substantialis, quo omisso sostineri potest iudicium, qui accidentarius & voluntarius dici potest, quandoqoe requiritur, quandoque non, P. Gregor. 48. *Synt. 1. n. 3.* add. *h. Cap. N. 4.*

5. *L.* 6. *C. de sent. & interl. d. L.* 1. *C. de exec. rei iud.* Hæc forma est atque ordo de quo nunc quærimus. Utrumque ita est, ut est iudicium quo agitur.

III. Iudicium civile [2] duplex est: Unum primum: alterum iudicium adpellationis. Primum, quod primum instituitur inter aliquos de re aliqua. Iudicium adpellationis cum re priore Iudicio iudicata ab ea sententia adpellatum est, ac de eadem re ex adpellatione cognoscitur.

IV. Primum iudicium, uti nunc primum instituitur, ita ordinem suum quendam proprium ei initio convenientem habet. In quo si paulo latius totius actionis iudiciariæ fines omnes complecti volumus, eius ordinis partes [3] sunt quatuor, totidem iudicii partes quatenus in eo ordinem & formam iudicii exercendi spectamus. Partes ut numero certæ, ita certo ordine inter se ita progredientes, ut quædam præcedant, aliæ necessario quodam naturæ ductu sequantur, nec nisi perversa natura rerum hic ordo converti possit. Prima est in ius vocatio, a qua initium omnium actionum instituendarum proficisci traditur in §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* Quam ita accipi volo, ut intelligatur vocatio iusta: proinde coniuncta cum editione actionis de quo postea suo loco. Secunda est litis contestatio, de qua in *L. un. C. de litis contest.* tertia caussæ disceptatio & cognitio: de qua præcipitur in *L. iudicis*, *C. de iudiciis*, indicatur in *L. de qua re*, in pr. *D. de iudic. L.* 1. *C. de exec. rei iudic. L.* 1. *D. de re iudic.* In his partibus tria hæc animadvertenda sunt; Numerus partium, quem dixi, earum partium ordo, tum singularum forma & lex iure cuique attributa. De forma dicetur in tractatione singularum partium.

V. De numero & ordine superiore ante paucis constituendum est, quia ad partitionem ipsam propositam constituendam pertinet. Et si iudicii actionisve iudiciariæ eæ partes sint quas dixi, de ordine earum dubitari non debet. Se enim ipse per se satis ostendit: quem apparet non tam voluntate iura constituentium, quam [4] naturæ ipsius certa lege atque auctoritate constare. Nam si quis eum quo apud iudices agere vult de re aliqua, & eum eo litem instituere, primum est in eo ut adversarius ad iudices veniat qui, respondeat agenti, & se paratum contendere declaret. Non veniet autem adversarius in ius nisi vocatus, & rite vocatus. Neque adeo aliter vocanti parere cogitur. Primum igitur hoc omnino in hac institutione actionis ut adversarius in ius vocetur eum quo qui agit congrediatur. Proximum est, ut cum adversarius venerit quo vocabatur, si de iudice conveniet, tum constituatur apud iudicem, qua de re agatur, de qua postea cognosci & statui possit a iudice. Constituitur autem iam cognita intentione actoris & rei ex adverso responsione, puta, aut inficiatione aut exceptione. In qua narratione, & contentione facti inest contestatio litis. *L.* 1. *C. de litis contestat.* Secunda igitur naturæ ordine hæc contestatio. Lite contestata sequitur deinceps cognitio iudicis posita in eo, ut disceptationem utriusque partis audiat, quæ adferuntur ad probationem ab utraque, cognoscat, & æstimet: atque hoc modo ad sententiam ferendam se paret. Neque enim statim quisquam, unde petitur, condemnandus aut absolvendus est: sed tum, cum ita iure faciendum esse, ex iis, quæ acta & probata sunt, iudex cognoverit: ut præcipitur in *L. negantes*, *C. de oblig. & act.* Ita tertia pars est

2) Vel potius eiusdem iudicii instantiæ duæ, de quo vid omnino Wesenb. *ad Rub. Cod. de iudic n.* 46. *& seqq.*

3) Petr. Gregor *d. Cap.* 1. *n* 5. *&* 2. *seqq.* Tria iudicii capita (1) habet præludia litis, quibus leves fiunt velitationes, (2) dirigitur ad principale negocium statu caussæ constituto, a lite contestata usque ad sententiam, (3) partes Iudicis continet, postquam in caussa conclusum est. Et ita etiam Scaccia 1. *de iudic.* 4. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 1. Ioan. de Arnono *Practica Cap.* 8. *& seqq.* Maranta *Speculi Parte* 6. *Tit.* 1. tres partes constituit, quas singulas in sua membra dispertitur. Nec in effectu longe discrepant variæ aliorum partitiones, uti nec illa Vulteii 2. *Iuris pr.* 26.

4) Damhuder *Praxi civ. Cap.* 21. *n.* 3 Quæ ex iure, ait, naturæ dicuntur membra hæc sunt: Citatio, Libelli oblatio, litis contestatio, probatio & sententia, iudicii substantialia & essentialia, sine quibus nullum, ordinarium (adde immo nec extraordinarium aut summarium, nam quæ in his petitio dicitur vice esse libelli, qui actus loco litis contestationis, vere est libellus &c quoad ius naturæ) formari potest. Ex iure autem civili innumera &c. Et in substantialibus iuris civilis, non autem iuris naturæ obtinere quod dicitur Principem ordinem iudiciarium servare non teneri, Lanc. Conrad. *templo om. iudic. Lib.* 1. *C.* 1. §. 3. *v. iudicari secund. conscient. n.* 7. Item nullitates processus in Curia Imperii suprema non admodum attendi, si de meritis caussæ liqueat, Mœckfner. & ab eo allegati *Tomo* 3. *Decis.* 18 *n.* 1. *& Decis.* 19. *n* 2. *Tomo* 4 *Decis.* 22. *n.* 4. Nam in supremis Curiis non tam omnia scrupulose exiguntur, vel ad amussim servantur, Wesenb. *Cons.* 59. *n.* 23. Et quod iure Hispanorum regio solemnium defectus non vitiet iudicium tradit Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 10. *n.* 1. An Processus nullus partium consensu sustineatur, & quibus solemnibus ab iisdem renunciari possit, (ut quæ principaliter eorum favorem concernunt) quibus non item (quæ ius & utilitatem publicam primatio respiciunt) vid. Maranta *P.* 2. *n* 39. *& seqq.* Guid. Papæ Q. 216. Cravett. *de Antiq. temp. P.* 2 §. 1. *n.* 14. *&* 26. Afin. *de Execut.* §. 5. *Cap.* 54 Peregrin. Iannin. *de Citat. reali Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 62. Quomodo pro solemnitatibus iudicii præsumptio sit, & ut ea ea longo tempore inducatur, Cravetta *d. Tr. P.* 2 *&* 3. passim Afin *d.* §. 5. *Cap.* 20. *&* 20. Cacheran. *Decis.* 173 Menoch. 2. *Præs.* 68. Vasq 2. *Ill. Contr.* 63. *ac seq.* Iac Schultz. Q. *Pract.* 17. *n.* 31. *& seq.* Gœd *de Sequestr. Cap.* 1. *n* 36. præsumi pro Iudice quoad iustitiam iuris, non autem quoad iustitiam facti, nec ordinem processus, per *Cap. quoniam* 11. *de probat. Cap.* 1. *de sequestr. ibi: pro suo arbitrio &c.*

est ita dictante natura, hæc ipsa caussæ disceptatio, & iudicis cognitio. Re cognita, tum demum sequitur sententia iudicis, quæ certo iudicio finem imponit controversiæ, reum aut condemnando aut absolvendo. *L.* 1. *D. de re iudic. L. de qua re*, in princ. *D. de iud.* Hunc [5] ordinem eleganter expresserunt Imperatores in *L.* 1. *C. de exec. rei iud.* his verbis: *Nimis propere iudex pignora Marcelli capi ac distrahi iussit ante rem iudicatam. Prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas, & caussa cognita sententiam accipias.*

VI. De ordine ergo superiore dubitari, ut dixi, non potest. At potest de numero partium, quando & has iudicii partes esse diximus. Inter has enim numeravimus in ius vocationem. Atqui hanc iuris authores a iudicio removere videntur, apud quos magno consensu iudicium a litis [6] contestatione incipere dicitur, a vocatione in ius nequaquam. *L. amplius*, *D. rem rat. hab. L. un. C. de litis contest.* Si incipit iudicium a litis contestatione, ante litis contestationem iudicium nullum est: quod si nullum est: quicquid ante instituetur, quanvis futuri iudicii caussa, id iudicii pars esse non potest. Sic enim recte argumentemur. Non potest quicquam ullius totius pars esse intelligi, ubi id totum nullum est: quoniam non est pars nisi totius pars, nec totum nisi suarum partium totum. Ante litis autem contestationem iudicium nullum est, neque totum, neque ceptum, postquam id lite demum contestata incipit. Quare in ius vocatio, quæ ante litis contestationem peragitur, & si quid est cum vocatione coniunctum, id iudicii pars esse non potest. Ut proinde ex hac sententia vere dicturi simus iudicii tres esse tantum partes veteribus illis cognitas, litis contestationem, caussæ cognitionem, & rem iudicatam. Et fatendum est, si exacte & subtiliter de iudicio loqui volumus, hæc ita se habere ut diximus. Nec deest veteribus huius sententiæ ratio. Nam proprie iudicium non est, nisi inter duos litigatores, inter quos est de re aliqna controversia, cui finem imponi oporteat sententia iudicis. §. 1. *Inst. de actionib. L.* 1. *D. de re iudic.* Tales litigatores nulli, nulla talis controversia ante litem contestatam. Non enim qui in ius vocatur, statim litigat: qui cum vocatus erit, & actione edita de iure actoris cognoverit, fieri potest, ut cedat. *L.* 1. *D. de eden.* Proinde nec tum quidem proprie ullum iudicium dici potest incipere inter eum qui vocat in ius, & eum qui vocatus est. Præterea non est iudicium, nisi in quo sit iudex, qui saltem cæperit de re controversa cognoscere. Nam a iudice iudicium dictum est. Et significatur hoc quoque in *d.* §. 1. *Inst. de act.* Iam vero non incipit quisquam iudex cognoscere de re, nisi cum per narrationem negocii caussam audire incipit a litigatoribus, fitque id solum litis contestatione. *L. unic. C. de litis contestat.* Quare ne hac quidem ratione iudicium ante litem contestatam proprie esse dicatur. Sed hæc inqnam ita sunt, cum proprie & exacte iudicii verbum intelligi volumus, ut concurrant & litigatores duo, & iudex unus, qui de re cognoscere ceperat. Nunc paulo latius iudicii partem vocamus, non id solum, quod in ipso iudicio inest, sed etiam quod iudicium ita antecedit, ut tamen sit cum ipso iudicio coniunctum, & sine qno, non dico ad iudicii initium, sed nec ad sententiam pervenire potest. Talis est autem in omni actione instituenda in ius vocatio: quæ nisi præcesserit non modo nullum iudicium esse potest inter præsentes, sed nec ulla via agendi ne adversus absentes quidem indefensos. Neque vero male paulo latiore significatione id partem vocemus. Sic enim & vestibulum in ædibus quanvis proprie domus pars non sit, quia tamen domui ita coniunctum est, ut non nisi per hoc perveniatur ad domum, ideo etiam domus partem esse dicimus. Et procemium per quod in caussam ingredimur, partem actionis & orationis vocamus. Id autem in vocatione in ius nunc potissimum facimus,

5) Totum autem iudicii ordinarii processum volgarem summatim paucis complectitur Rosbach. *Tit.* 21. *n.* 3. & *Termine. Process.* C. 2. qui eundem rhytmis Germanicis exprimit. Enimvero in plnribus longe alia nobis instituendi & peragendi iudicii ratio, quam quæ priscis Romanis fnit, imo & quæ tempore Iustiniani, vid. Vult. 1. *Disc.* 1. & 2. *Iurispr.* 27. Cnius ordinis veteris exegesin brevem habet Vult. 2. *Iurispr.* 26 paulo latiorem Rævar. *Lib. Protribunal.* Exactiorem descriptionem Pollet. *Libris* 5. *Historia fori Romani*. Qui *Lib.* 4. *Cap.* 11. *p.* 371. scribit quod melius ageretur cum legibus, si veterum consuetudinem retineremus. Sed hæc etsi non temere, ast frustra dicnntur. Confer. Ventnra de Valentiis *in Parthenio Litigioso*, passim, cum primis *Lib.* 16. *Cap.* 15. ubi hodierni processus abusus perstringit.

6) Et lite contestata accipitur iudicium, ut *infra Lib.* 24. *Cap.* 1. Ac ante eam non proprie lis sed controversia *L.* 25 §. 6 *de pet. her.* Contestatione actor litem facit, iudicium dictat, reus accipit, Cuiac. 9. *Obs.* 21. Et ita DD. vulgo a Citatione non incipere iudicium. Quod & probant per *Cap. super Quæstionum* 27. v. *litis exordium de off. deleg.* C. *gratum* 20. *eod.* ubi dicitur quasi cœptum esse negocium. Ergo non vere incipit indicium, vid. Gail. 1. *Obs.* 74 *n.* 1. & 2. Castillo *Quotid. Contr. Cap* 29. *n.* 10. Cuiac. *d. loc.* Forcat. *Dial.* 83. Fach 11. *Contr.* 81. Vult. 1. *Disc.* 1. *pag.* 15. Unde quæ ante litem contestatam fiunt, vocant iudiciorum præparatoria.

quia ad rationem docendi videtur pertinere. Hæc enim ratio postulat, ne quid in actione iudiciaria, cuius tractationem nunc instituimus, prætermittatur: quod quidem illa ad iudicium recte peragendum desideret. Quod ita fit, si fines eius actionis omnes complectamur, si initium unde progreditur hæc actio, cum fine & exitu eius actionis coniungamus. Constat autem initium instituendarum omnium actionum ab in ius vocatione proficisci, idque ita traditum est in [7] *§. ult. Inst. de pœn. tem. litig.* Recte igitur fit & necessario, ut hoc initium, unde progredi oportet, in hac actione numeretur non minus, quam litis contestatio, & quæ sunt reliquæ partes, quæ ad iudicium peragendum pertinent. Quod si numeratur, quid ni id principium totius actionis partem recte vocemus, ut solemus cuiusque rei partem vocare, id quo ea res constat, & maxime si eo carere res non potest? Sed de eo verbo anxii esse non debemus. Sive in ius vocationem hac ratione iudicii partem dici placet, sive non placet: solum hoc intelligi volumus, quod est apud Iustinianum in *d. §. ult. de pœn. tem. litig.* Quod & nunc ad rem ipsam intelligi satis est, nimirum, *actionum instituendarum principium* [8] *ab ea parte edicti proficisci, qua prætor edicit, de in ius vocando.* Sic enim ille loquitur: Id autem est ab in ius vocatione, ut sit edictum continens positum pro in ius vocatione, de qua edicto cavetur.

VII. Sitque hoc modo huc usque constituta nobis superior partitio de iudiciariæ actionis, & iudicii partibus cum in numero partium, tum in earum progressu & ordine. Qua constituta, sequitur, ut de forma & ratione singularum eodem ordine cognoscamus. Ac primum ut ordo rei gerendæ postulat, de in ius vocatione.

CAP.

7) *Ad d. §. ult.* Resp. Cuiac. *d. C.* 21. *in fin.* dici initium actionis, non iudicii. Et Forcat *Dial.* 83. *n.* 2. Non est, ait, pars actionis, sed instituendæ actionis principium, ut præparatorium quoddam, veluti actio ad exhibendam præparatoria est rei vindicatio ut commodius postea agi possit, Wesenb. in *L.* 1. *C. de iudic. n.* 5. A Citatione initium iudicii *Clem.* 2. *Ut lite pend.* respectu Iudicis & iurisdictionis *d. C.* 20. *de of. deleg.* (quia per eam lis pendens dicitur, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 18. *n.* 3. *&* 5. *N.* 4. fuse Lanc. *de Attent. P.* 2. *C* 4. *Præfat. n.* 28. *& seqq.*) respectu vero meritorum caussæ a lite contestata, quia ante eam mutari potest *L.* 3. *C. de ed.* Malo distinguere totet strictiorem acceptionem iudicii quatenus olim a iure distinguebatur, continens ea quæ apud recuperatores & Iudices datos expediebantur. Et latiorem qua pro toto tractu litis sumitur. Nam & olim apud magistratum de iure disceptabatur, & in præparatoriis hodie velitationes fiunt. Confer. *supra Lib.* 17. *Cap.* 3. *N.* 1. 2. *& Cap. seq. N.* 9. Et ita Cagnol. *ad Rub. C. de eden- do n.* 21. *& n.* 24. largo modo a Citatione incipere non stricte. Aliter Alc. 7. *Disp.* 24.

8) Unde nostri (etiam qui partem iudicii negant) vocant principium, basin & fundamentum Ordinis iudiciarii vel processus per *d. §. ult. L.* 47. *de re iudic. Cap.* 11. *de prob. C.* 20. *de off. deleg. & plures tex. simil.* quos proferunt Blarer. *ad L. diffamari C.* 6. *n.* 1. Vult. *ad pr. Inst. de act. n.* 56. Gail. 1. *Obs.* 48. *n.* 1. *& Obs.* 74. *n.* 1. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 1. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *pag.* 274. &c. Estque primus actus iudicii. Nam libellus, quo decerni petitur Citatio, etsi prius offerendus ut *Cap. seq. N.* 18 non est actus iudiciarius, & per libellum adire licet etiam die feriato *L.* 11. *§.* 6. *de adult.* Petr. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 1. Asin. *Praxi §.* 5. *Cap.* 3. *n.* 3 Fac. *L.* 15. *b tit.* Athenis quoque olim nulla actio, aut iudicium, nisi in ius vocatio præcederet, ut ex Demosth. Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. Iuda. Græc. &c. Cap.* 9. *n.* 22.

Digitized by Google

C A P. II.

De in ius vocatione: An semper necessaria sit ad iudicii constitutionem: quid sit: tum qualem eam esse oporteat, ut vocato veniendi necessitatem afferat.

De in ius vocatione tria ordine quæri & quæ. I.
An sit in ius vocatio necessaria; ad quos pertineat; quando impune possit omitti. II.
Absens quomodo in ius vocari debeat. III.
Quid sit in ius vocatio; plenior eius descriptio. IV.
In iusta vocatione tria inesse. V.
1. Vocationis ritum: *an hic aliquis apud veteres: qualis moribus inductus & legibus comprobatus.* VI.
2. Personam, *quilibet in ius vocari potest; qui exeipiantur, & quare.* VII.
3. Diem & tempus: *ad quod videlicet in iudicio se sisteret vocatus: dies olim condicebatur a partibus.* VIII.
Postea cœpit esse legitimum; & a quo tempore: tale & moribus nostrorum temporum. IX.

I. ET quæ tria de re aliqua quæri solent, An sit, quid sit, qualis sit: eadem in vocationem in ius incidunt, quæ exposita huius partis naturam, & ius expediunt, ut quæratur an semper ad iudicii institutionem necessaria sit in ius vocatio. Si est, ut adhiberi debeat, quid sit: tum qualem eam esse ius velit, sive de ea rite adhibenda agatur, ut vocato veniendi necessitatem afferat, sive quæratur de huius effectu id est quæ sit, & qualis hæc necessitas.

II. Principio igitur de eo hoc statuatur, vocationem in ius rem esse non solum quæ sit, adhibeaturque in omni recta actionis institutione, sed etiam quam ad eam rem [1] necesse sit adhiberi, atque adeo a qua principium recte agendi proficiscatur ut diximus, idque eam vim habere, ut adversarium, cum quo agere velimus

[1]) Quippe quæ fundamentum iudicii ut *C. praced. N.* 8. De hac enim proprius hic tractandi locus, cuius finis susceptio iudicii & quæ prioris partis iudicii, sive præparatoriorum, actus primus. Cum alias Citationum usus crebrior & latior sit. Atque huic omnino convenit, quod in ore nostrorum tritum est: Citatio respicit defensionem, iuris naturalis ac divini est, auctoritate exemploque ipsius DEI Adamum vocantis *Gen.* 3 *v.* 9. inducta & comprobata. Ad quod citant *C. Deus omnipotens* 20. *Cap.* 2 *Quæst.* 1. *Cap. qualiter & quando* 24. *de accusat. Clem. pastoralis* 2. *§. caterum* 8. *de re iud.* Maranta *Speculi aurei P.* 6. *Tit. de Citatione seu Membr.* 1. *n.* 3. Afin. *Praxi §.* 6. *C.* 9. *n.* 2. *& C.* 13. *n.* 5. Damhuder. *Praxi civili C.* 54. *n.* 3 Vestr. *Lib.* 3. *Practica Rom. C.* 2. *n.* 7. obi *in annot.* Gravat. *lit. D. & ad Lib.* 5. *Cap.* 13. *lit. D.* Covar *Pract. QQ.* 23. *n.* 6. Menoch. 1. *Arb. Q.* 17. *n.* 5. P. Greg 48. *Synt.* 2. *n.* 8. Blarer *ad L. diffamari Cap.* 6. *n.* 4 Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 7. *n.* 2. *& Cons.* 44. *n.* 3. Gail. 1. *de Pac. publ.* 5. *n.* 5. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 1 *C.* 5. *n.* 1. *& Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 1. Vant. *de Nullit. ex def. citat. n.* 3. *& n.* 7 aliique plures mox citandi. Tametsi diss. Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 14. *n.* 7. scribens hanc quæstionem ridicule deduci ex vocatione Adami *Gen.* 3. Natura, ait, docemur ut non nisi re cognita & parte audita iudicetur. Sed quod defectus citationis insanabilis sit, quia contra ius naturæ, verum non est. Rationi enim naturali ita satisfit, si negocium sic geratur, ut pro rei conditione sufficiens haberi possit cognitio. Quod autem Princeps & Papa hanc omittere nequeunt, id non inde quia iuris naturæ est, sed quia nec quæ sunt iuris positivi, sine caussa auferre licet. Ita Sarmient. Quem & *Clem* 2. *§.* 8. clare revincit. Nec citra hanc haberi potest vera notio & discussio caussæ, parte non præsente. Atque hinc immo est quod nec Princeps vel Papa hanc Citationem remittere, nec si ipse iudicet eam omittere, aut ut vulgo eius defectum supplere queat *d. §. caterum* 8. *& C.* 1. *de ca. poss. & propr. C. inter quatuor* 8. *de maior. & obed.* Facit *L. ult. C. Si per vim vel alio mo. L. ult. D. de natal. rest.* post plures Vant. *d. loc. n.* 9. *& tit. An qual. sent. dic. poss. nulla n.* 14. Curt Iunior *Cons.* 170. *n.* 27. *& seqq.* Blarer. *d. C.* 6. *n* 3. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 10. Menoch. *d. Q.* 17. *n.* 6. *& Recup. poss Remed.* 8. *n.* 55. *& n.* 58. Vestr. *d. Cap.* 2. *n.* 7. ibique Gravat. Rosbach *Process. tit. n.* 22. 43. Afin. *d. Cap* 13. *n.* 5. *& §.* 7. *C.* 5. *n.* 2. Io. Aurbach. *Sing. Alleg. Lib.* 2. *Cap.* 17. Ne quidem si caussa civilis, modo non plane levis. Lanc. Contr. *templo am. ind. Lib.* 1. *C.* 1. *§.* 3. *de obligat. Imp.* verbo *pronunciare secundum conscientiam n.* 3. Nec si caussa notoria sit, Scaccia *Lib* 1. *de Iudic. causs. civil. cr. C.* 88. *n.* 3. Et nec si absoluta potestate utatur, Lanc. *d. n.* 3. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 6 *n* 2 Schurff. *Cent.* 1. *Consil* 9. *n.* 6. quod multis firmat, Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *f.* 275. Diss. Marsil. *Sing.* 75. *n.* 3. Afin. & ab eo relati *§.* 7. *C* 5. *limitat.* 35. Chassanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Consid.* 24 *n.* 158. *per cap. enim alim* 12. *de re ind.* Quorum opinioni locus esse potest in Citationibus subsequentibus & ad alios actus, maxime si iusta caussa Principem moverit, Maranta *P.* 6. *T. de Citat. n.* 10. & quoad solemnitates quæ iuris positivi vid. *N. seq.* Unde nec ullo iure, aut statuto tolli potest, Vant. *d. n.* 9. Afin. *§.* 6. *C* 9. *& C.* 13. *n.* 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 4. Nec ab arbitro etiam, cui absoluta facultas data, omitti, Menoch. *d. Q.* 17. Marsil. *Sing.* 75. *n.* 2. Vant *d. la. n.* 10 Etsi capiesse ei datum ut & partibus absentibus pronunciet, Vant. *ibid.* in quo ei contrarius est Scaccia *d. C.* 88. *n.* 6. Uterque nititur *L.* 16. *§.* 4. *de rec. arb.* Vantii opinio obtinere potest quoad citationem primam quæ huius loci. Scacciæ autem quoad evocationem ad audiendam sententiam. Quatenus nempe defensionem respicit, quæ ut adimatur omnimodo, nulla iusta caussa, nulla Principis potestas, nullum odium partis efficit. Nam nec diabolum, si in iudicio versari posset, invocatum & inauditum damnari fas fore putant Van. *d. loc. n* 3. Sig. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 2. Neque hac ratione ulla exceptio vid. *N. seq.*

limus ante omnia in ius vocari oporteat. Quorum utrumque apud Iustinianum eodem illo loco scriptum est, idest § *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* Quod cum faciendum esse præcipitur, nempe hoc significatur, si quid adversus quem, qui prius in ius vocatus non sit, actum pronunciatumve sit, id [a] nullam vim habere:

ut

a) Nihilque cognosci & statui potest, Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 2. deficiente nempe una persona litigantis, & ita forma iudicii, P. Greg. 48 *synt.* 2 *n.* 28. Cum notio & discussio caussæ fieri nequeat, quæ corpus & substantia iudicii, Vestr. 3 *Pract. Rom. C.* 3 *n.* 7. Nec ullus potentior defectus iudicii, Vant. *Tit. de Null. ex def. Citat. n.* 2. Gravat. *ad Vestr. d. C.* 2 *lit.* D Eademque nullitas processus, sive plane non emissa, sive non rite vel legitime, quæ iure nulla, per *L.* 6. *Qui sat. cog.* & *simil.* Vant. *d. Tit. n.* 21. & *seqq.* Afin. § 6. C 12. *n.* 5. & C. 13 *n.* 1 vid. tamen idem Vant. *Tit. ult. n.* 118 & *seqq.* Et quod vitiosa ac invalida non inducat litis pendentiam, Lanc. *de Attent. P.* 2. C. 4 *n.* 94 & *seqq.* Meland. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 17. Exc. (t) Nisi ipse Citatus caussam nullitati dederit, Lanc. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4 *præfat. n.* 102 vid. tamen Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 6. a) Nisi ita vocatus venerit. Quo ipso validam reddi, adeoque comparitione spontanea omne vitium purgari plerique prodidere, per *L.* 1. §. 1. *de feriis* Vant. *Tit. ult. n.* 116 Viv. *Lib.* 2 *Decis.* 274. Boer. *Decis.* 235. *n.* 3 P. Æmil. *Decis. Rota* 112. *P.* 1. Menoch. 2. *Præsumpt.* 24 *n.* 14. Mynf. 2. *Obs.* 18. & 3. *Obs.* 90 Gail. 1. *Obs.* 58. De quo fuse Lanc. *de Attent. P.* 2. C. 4. *præfat. n.* 128. & *seqq.* Etsi de illegitima citatione excipiat comparens reus, Mynsing. *d. C.* 90. *n.* 1. & Gail. *d. loc. n.* 1. Secus tamen si cognati, aut amici eiusdem, vid. Vinc. de Franc. *Decis.* 514. *n.* 9 Enimvero hic sustinetur iudicium a die comparitionis, non a die nulliter decretæ citationis, Lanc. *d. loc. n.* 140. Et hoc ita, si solum defectus iurisdictionis, *ibid. n.* 41 quia hic sæpe necessitas veniendi, ut *infra Cap.* 9. *N.* 4 Atque hæc expeditiora in prima Citatione, eique quæ huius loci. Quin immo etsi sententia lata in favorem non citati, eam non valere volunt, post plures Vant. *d. Tit. n.* 10. Gravat. *annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 5. C. 13 *lit.* D. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. sud. C.* 17. *n.* 5 nisi in caussa criminali Mynf. 2 *Obs.* 02. Licet modum & solemnitatem vocandi, quæ & quatenus a iure civili est, eodem mutari variari, itaque & a Principe remitti vel omitti nihil impediat, Marant. *P.* 6. *Tit. de Citat. n.* 10. Melind. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17 *f.* 276 Vant. *Tit. nitim. n.* 107. & *seqq.* iunge *N. præced. sub fi.* Cæterum idem ius esse volunt in quibusvis actibus caussæ vel iudicii, ut in quovis citatio requiratur, citra quam is non valeat, nec noceat non citato, Hippol. de Marsil. *Singul.* 75. Aur. Gibr. *Rom. Lib.* 2. *hoc tit. Concl.* 1 Gail. 1. *Obs.* 48. *n.* 1. & 2 Afin. *Praxi* § 7. *Cap.* 5. *pr. n.* 2. Scaccia *Lib.* 1 *de Iudic. C.* 88. *de Citat. necess. in sing. act. caussa* Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. Citatio n.* 4. & *seqq.* Fr. Pfeil *Cons.* 158. Præsertim si caussæ cognitionem requirant, Mynsing. 2. *Obs.* 91. *pr.* Rosbach. *Tit.* 22 *n.* 31 *&c.* Veluti si producendæ positiones, instrumenta vel testes, si attestationes publicandæ, si sententia ferenda, aut executioni mandanda, &c. Quod probant per *L.* 47. *de re iudic. L.* 39. *de adopt. L.* 29. §. *ult. de minor. L.* 13. *pr. eod. L. uit. Cod. Si per vim vel al. mo. L.* 19. *Cod. de testib. L.* 4 *Cod. de dilat. auth. si omnes C. si minor se hered. abstin. Cap. inter* 8. *de maioris. & obed.* Ac etsi inter alios lis mota sit, vel actus is expediatur, omnem tamen qui prætendit aliquod interesse, vel ex eo actu lædi potest, citandum tradunt Maranta *P.* 6 *h. t. n.* 2 Gravat. *ad Vestr. d. C.* 13. *lit.* D de communi testans, Marc. de Mantua *Singul.* 164 (excipiens, nisi præiudicium sit exiguum) Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 32. Mynf. 2. *Obs.* 91. *pr. per d. L.* 47. *d. L.* 39. *&c.* si scilicet principaliter eum negotium tangit. Secus si per consequentiam inde lædi possit, vid. Afin. § 7. C. 5 *limit.* 2 Vant. *de Null. ex def. Cit. n.* 19 Barth. Romuleus *Tr. de testator. præcepti.* & C. *n.* 225. *per L.* 1 § *pen. de insp. ventr.* Pro validitate tamen iudicii solum is citandus contra quem petitio directa: Alii non citentur, actus valet quidem inter præsentes & vocatos. actus non citatis non præiudicat *d. L.* 47. *pr. de re iud.* Vant. *d. n.* 19 vid. Foller. *ad Marant. h. t. n.* 4. ne quidem ei de cuius interesse principaliter non agitur, Hier. Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 9. *n.* 3 Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 457. & *n.* 465. (An validus actus qui non citato non facit præiudicium tractat, Marsil. *Singul.* 30. *n.* 3.) Enim vero subsequentium Citationum non tanta necessitas, quanta primæ, nequidem quoad reum principalem. Et in pluribus actibus est iuris mere positivi, veluti ad audiendam sententiam, Maranta *h. t. n.* 10 Vant. *de Nullit. Tit. ult. n.* 107. & 109. ad videndum iurare testes &c. Hinc plures casus referuntur, quibus Citatio necessaria non sit, vid. Tiraq. *in tit. C. Rei Inter. al. act.* Mynf. 2. *Obs.* 91. & 6. *Obs.* 6. Et Maranta sane *h. t. n.* 5. usque ad *n.* 39 regulæ istius: Citatio in quovis actu requiritur, limitationes 31. profert Tiraq. *d. loc.* 43. Lanc. Conrad. *de Off. præt. in Causs. civil. v. Citatio n.* 4. & *seqq.* 78. modis eam limitat Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *Comm. Conclus. t. de Citat. Concl.* 1. 130. Afin. denique *Praxi* §. 7. *C.* 5. casus 145. quibus non requiratur Citatio percenset. Quos ad 7. genera reducit Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. causs. civ. &c. C.* 88. *n.* 20. & *seqq.* Omnes autem ferme illic casus ad subseqq. Citationes referendi. Plerique etiam ad eos qui non principaliter rei, sed quorum alias aliquod interesse videtur, pertinent. Easque quin Princeps, iusta ratione motus omittere, actumve, ea prævia, expediendum committere possit ambigendum non est, maxime ubi defensio nulla foret citato, Marant. *d. loc. n.* 10. Nam & tunc alius Iudex, si ipsi in forma iudicii id constet, citationem omittere potest, Scaccia *d. n.* 20. Mynsing. *d. Obs.* 91 Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 450 & alii cum esset tunc caussa citationem exigens. Quin immo nostrorum doctrina, usuque fori comprobatum est, ut initio generalis Citatio ad totam caussam omnesque ac singulos actus iudicii emitti possit, eo effectu, ut si ita citatus non veniat semper ulterius procedatur, actusque ita celebrati valeant ac singulatim citatus foret. Quod plerique ita admittunt, quando citandus longius a Curia abest, non cum in eadem urbe moratur sive vicinus. Hic enim nullo negocio ad novum actum repeti potest Citatio. Illic autem non sine magnis impensis & multa molestia, quam evitati expedit. Ita plerique per *C. ex litteris* 5. §. *fin. de in int. rest. C. cum dilecti* 6. & *C. ult. de dolo & contumac.* Maranta *h. t. n.* 118. Vant. *d. Tit. n.* 98. & *seq.* Afin. *Praxi* §. 7. C. 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 10 Lanc. Conrad. *d. v. Citatio n.* 12. Damhuder. *Praxi civ. C.* 47. *n.* 14. Gravat. ad Vestr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 15 Meland. *Comm. Cameral. p.* 2. *Membr.* 8 Et hoc forsan iuri convenientius. At hæc distinctio in Camera Imp. non servatur, Gail. 1. *Obs.* 51. *in fin.* Mynsing 4 *Observ.* 33. comprobans istud per *L.* 3. ibi: *ut venias ad caussam Cod. Qui accus. non poss.* ad quam resp. Meland. *d. loc.* Quæ citatio generalis (commodum litigiosi processus remedium Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 15.) vim suam in tantum exerit, ut si plane non compareat reus, ad ipsam sententiam definitivam perveniri absque ulteriori citatione censeant Lanc. Conrad. Damhuder. & Mynsing. *dd. loc.* Quod obtinere potest, quando talis citatio post litem prius contestatam, ad omnes actus reliquos omissa, alias non nisi in casibus quibus sententia lite contestata ferri potest, Maranta *d. n.* 118. Afin. *d. C.* 2. *n.* 4 Gravat. *d. n.* 15 Sed postquam ita citatus comparuit, etsi non in primo actu post eam emissam, sed forte in medio caussæ, aut quavis alia parte instantiæ, vim citationis generalis expirare, quoad actus futuros, ad eosque denuo citandum reum esse tradunt Damhuder. *d. n.* 14. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 11. & 12. Marant. *d. n.* 118 Gravat. *d. n.* 15. Vant. *d. t. n.* 112. Quod & Cameralibus visum esse memorat Blaret. 10 *L. diffamari d.* 6 *n.* 42. Id tamen ita declarat Scaccia *d. loc. n.* 17. si in loco iudicii mansit citatus. Secus si inde domum redit, quia cum hic ratio, in loci distantia, adhuc vigeat, non opus est, ait, ut denuo citetur. Quomodo & Vant. *d. loc. n.* 114. ut contumacia sic evitetur, oportere eum vel ad expeditionem caussæ manere, vel saltem, si recedat, procuratorem relinquere. In quo tres casus distinguit Afin. *d. C.* 2. *n.* 7 quem consule. Cæterum etsi actor ipse primo termino Citationis non compareat, unde Citatio quoad illum actum circumducta videtur, per *L.* 73 § 1. *de iudic.* ex quo tamen facta ad totam caussam, & ad duo citatum arctit, ut in termino compareat, & ut ad caussam, inde si alio ter-

mino

Digitized by Google

ut accidit in iis omnibus, quæ in iudiciis contra solidum iudiciorum ordinem fiunt. *L.* 4. *C. de sent. & interl.* & generaliter ut omnia pro infectis habentur quæ contra ius facta sunt. *L. non dubium, C. de legib.* Quod tamen non eo usque producendum erit, ut etiam in eo adversario qui in ius vocationem, & editionem actionis contempserit servari oporteat. Finge adversarium in iure inventum ibi conventum esse ab actore apud magistratum, conventumque & petitione actoris cognita statim respondisse actori, atque hoc modo cum eo litem esse contestatum. Dicemus quanvis nulla præcesserit vocatio in ius, aut actionis editio, iudicium consistere nihilominus. Supervacuum est enim in hac specie requirere in ius vocationem, cum in adversario habeamus id, cuius a caussa vocatio instituta est, huc enim spectabat, ut adversarius monitus in iure se se sisteret, & præsens aut per procuratorem secum agendi potestatem faceret. Nunc autem horum utrumque habemus in præsentia in isto adversario sine alia vocatione. Adde quod vocatio in ius adversarii caussa comparata est, ut & actionis editio. Huc enim pertinent ne reus contendere cogatur ubi nolit: aut contendere paratus ne ignarus & indicta caussa damnetur: potest autem unusquisque iuri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact.* Ad invitos igitur & ignorantes adversarios ius superius pertinet. Sed & in his proprie in ius vocari intelligitur, [4] qui præsens est, & cui præsenti denunciatur ut iudicio adsit.

III. Quid ergo si aberit is cum quo agere volemus? [5] Domum eius denunciare iubemur ut adsit. *L.* 4. *§. prætor, D. de*

mino actor veniat, reo contumace, procedi potest, vid. Vant. *d. tit. n.* 111. Mynsing. *d. Obs.* 33. Io. Pels *Process. Tit.* 14. *n.* 2. *&* 3. Modum & formam sic citandi pete, ex Asin. *d. C.* 2. *& seqq.* 5. Vantio *d. Tit. n.* 99. *& seqq.* Quid si Citatus dixit nolle se comparere, an deinde ad alium actum citandus? Scaccia *d. C.* 88. *n.* 13. distinguit: Si simpliciter dixit, quia interpretatio fit ad exclusionem maioris delicti, expressio refertur ad illum actum, non ad totam caussam. Si vero, adiecit se nolle venire *in ea caussa* ulterius non citandus. Quod non aliter admittit Vant. *d. loc. n.* 98. quam si citandus longius absit. Quibus casibus a mandatis pœnalibus sine clausula iudicium inchoari possit, vid. Gail. 1. *de Pa. publ.* 5.

3) Et in toto iure quæ non propter se, sed propter finem, obtento illo fine non requiruntur, arg. *L.* 20. *Cod. de pact.* iunct. *L.* 9 *§.* 5. *de acq. do.* Donellus *ad h. tit. Codic. n.* 3. Quod expeditum si ultro respondit, de quo hic noster. Quid autem si vel ideo respondere & suscipere litem nolit quod citatus non sit? Iure Saxonum sane si se non ideo adesse dicat, ne imparatus obruatur, citari debet ut compareat, responsurus ad proxime sequentem cognitionum diem, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 2 Fachs & Reinhard. *inter diff.* Zobel. 5. *P.* 1. *n* 8 *&* 9. Coler. *Decis.* 103. *n.* 6. *& Decis.* 142. *n.* 2. Iure autem communi res controversa est. Equidem Bartolus & sequaces ref. Facha *d. loc.* æque inter volentem & invitum reum hic distinguunt Et probat Wesenb. *in Par. hoc tit. n.* 13. *cir. med.* communique praxi servari refert Sed contra plerique tum, per *L.* 47. *pr. de re iudic. L.* 29. *§. ult. de minor.* verbis: *præsente vel evocato auth. si omnes C. Si minor. se ab her.* tum quia superior ratio generalis, cum ad id citetur, ut sit præsens, ideo præsenti non necessaria, Marant *h. tit. n.* 12. Asin. *Praxi §.* 7. *limit.* 90. Gravat. *ad* Vestr. *Pract. Lib.* 5. 13. *n.* 7. Io. Pels *Process Tit.* 11 *n.* 3. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 17. Quod & Marsil. *Singul.* 30. *n.* 1. confirmari putat per *L.* 28. *pr. & §. ult de fideic. lib. L. recusare* 6. *pr. ad Trebel.* (Quæ tamen LL. parum ad rem faciunt.) Itaque usus Curiæ supremæ imperii fert Gail. 1. *Obser.* 48. *n* 4. & *Obse.* 51. *n.* 8 Myns. 7. *Obs.* 6. *n.* 8. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 2. Quin & eo ipso quod adest præsumi citatum vult Menoch. 2. *Præsumpt.* 22. *n.* 2. & Coler. *Cons.* 44. *n* 65. *et seqq.* add. Vant. *d. titul. n.* 16. Maranta *d n.* 12. Plane si admonitionis caussa, adesse debeat, monendus præsens de actu, qui geritur, ex. gr. si testes iurare debent, Asin. *d. limit.* 90. *n.* 10. *&* 15. Menoch. 6. *Præs* 21. *n.* 5. etsi quidam dissentiunt, ref. Maranta *d. n.* 12. Ast si defensionis caussa, dandæ petenti induciæ deliberatoriæ, vid. Mar. *d loc. n.* 13. Asin *d. lim.* 90. *n.* 14. Sed & si ad aliam caussam citatus comparuerit, & alia lis ei intentetur, ad eam suscipiendam absque prævia citatione non compelli, Maranta *d. n.* 13. Asin. *d. loc. n.* 9. Coler. *Cons.* 44. *n.* 14. per *L.* 2. *cir. fi* verbis *dum quis caussam agit h. tit. L.* 54. *§.* 1. *de re iud.* ac melius prob. per *L.* 2. *§.* 3. *vers. et quoque de iudic.* Et ita passim in Curiis servari tradit Myns. *d. Obs.* 6. *n.* 9. add. P. Æmil. *Decis. Rota* 107. *n.* 1 Etsi in hoc quoque aliud statuat Gail. *d Obs.* 51. *n.* 7. & 8. Vurmser. *tit.* 6. *Obs.* 14 (consuetudinem iudiciorum iuri contrariam esse volens) & Scaccia *Lib.* 1. *de iudic.* C. 88. *n.* 25. Iuxta illam declarationem non multa forsan iuris civilis & Saxonici discrepantia. Certe cum duæ citationis sint caussæ: Una ut veniat reus, altera ut interim ad defensionem se præparet, Marant. *d. n.* 13. ipsa ratio facit, ut in posteriore præsentia reo non noceat, nec ei dilationem ad deliberandum necessariam adimat. Datis vero induciis, illa ipsa monitio iudicis, ut iis lapsis certo die iterum iudicio adsit, vera citatio est, vid. *hoc N.* 15. Confer. Ræv. *Protribun.* C. 9.

4) Et hanc Citationem, quam ad faciem fieri DD. dicunt, ex *L.* 13. *§.* 1. *de excus. tut.* necessariam tradunt, ubicunque citandi copia haberi potest, *per L.* 1. *§.* 1 *de ag. Lib.* enim aliæ Citationes ad domum & per edictum non nisi in subsidium admittantur, *vi N. seq.* Unde perquiri prius personam oportere censent, ut ipsi Citatio intimetur, tam in suburbiis, quam in urbe & locis iis, quibus eum morari credibile est, in villis item & prædiis, &c. vid. Scaccia 1. *de iudic. causs. civ &c.* C. 45. *n.* 2. *& n.* 52. & omnes mox citati *N. seq.* Quod maxime obtinet in prima citatione & antequam citatus comparuit Secus si semel antea iudicio adfuit, *auth. qui semel C. Quom & quando iud.* Bover. *Sing* 9. *n.* 13 Et si semel ante in faciem citatus, posse deinde semper domi citationem fieri, post alios Grav. *ad Vestr. Lib* 5. *C.* 13. *n.* 12. *& seq.* Scaccia *d. C.* 45. *n.* 4. P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 17. Quod tamen de iterata citatione ad eundem actum solum accipit Wurmser. *Tit.* 6. *Obs* 8. add. Io. Pels *Process. Tit.* 12. *n.* 111. Et quod postea per edicta in locis publicis citari possit, ut arctetur, tradit Marsil. *Sing* 260. *per Clem.* 1. *de iudic.* Sed *n.* 2. id declarat, si scilicet longe absit, nec commode in faciem citari queat, add. Hier. Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 82. *n* 6. Plane quia durum multoties mittere viatorem cum citatione ad domicilium, citandi, eundemque perquirendo (etiam si non procul a Curia degas) tempus consumere, consulitur, ut iudex, petente parte, cogat reum ad eligendum certum locum in civitate, qua lis agitatur, ubi deinceps citetur, Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 117. P. Folet. *addit ad Marant hoc tit n.* 100 Io Pels *d. tit.* 12. *n.* 118. Quando reo invento vel ad faciem citato exemplum, seu copia Citationis offerenda, vid. Scaccia 1. *de iud* 45 *n.* 3

5) *L.* 5. *§.* 2. *Quod vi aut clam L. scire* 13. *§.* 1. *circ. fi. de excus. tut. L.* 1. *§.* 1. *de ag. Lib. L.* 39. *§.* 3. *de adult. L.* 2. *C. de ann. except. C. caussam* 3. *de dolo & contum. clem. caussam.* 3. versic. *quod si forsan de elect.* Qua de Citatione ad domum pluribus Tiraq. *de Retr. lign. §.* 9. *Gl.* 2. Mathesilan. *Sing.* 232. *ibique* Gabr. Sarayna, Cuiac. 7. *Obs.* 15. Paliador. 2. *Rer. quotid. C. fin. p.* 5 *§.* 9. *n.* 6. *et seqq.* Asin. *Praxi §.* 6. *C.* 1. *&* 5. *seqq.* Vant. *Titul. de Null. ex def. citat. n.* 87. *& seqq* Maranta *h. t. n.* 124. *& seqq.* Menoch. 2. *Præs.* 26. *& seqq.* Guid. Pa-

pa

de damn. infect. Quid si ne sic quidem veniat is, cuius domum denunciatum est, aut quid si etiam adversarius domicilium certum nullum habebit, neque usquam sui conveniendi potestatem faciet? Conveniendi [6] sunt tutores aut curatores. Si hi nulli sunt, conveniendi sunt propinqui, & amici absentis; non ut hi vocentur

pæ *Quæst.* 255. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. Rosbach. *Process. tit.* 24. Trentacinq. 1. *Pract. Resol. hoc titul. de Citat. Resol.* 3. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 14. Ad quos ne prolixior sim, quam fert institutum, remitto. Plerique sane omnes hi tradunt ei non nisi in subsidium locum esse, si facta perquisitione, non potuit reperiri, ut & Bover. *Singul.* 9. *n.* 13. Cotas *in L. si finita* 15. §. *Iulianus* 16. *de dam. inf. in Summa Tract.* 1 *&* 2. *decreti n.* 17. vid. *N. præced.* Et hanc ad domum Citationem, (uti & quæ per edictum ut *N. seq.*) non sufficere ad hoc, ut actus gravioris præiudicii absente citato teneat, nisi de malitia eius vere, vel præsumptione iuris liqueat, vult Mathesilan. *d. Sing.* 132. & Saraina *ibid. n.* 6. Neqoe hinc vere contumacem reum fieri, sed ficte plerique prodidere. Unde nec nullæ indictioni hic locum esse censet Bover. *d. Sing.* 9. *n.* 15. Domus autem intelligitur etiam aliena *d. L.* 4. §. 5. *de dam. inf.* ut conducta vel precaria, Padilla ad *L. si tamen de leg.* 2. *n.* 5. Et si plurica habitare solet illa, quam maiori parte anni, vel in qua maior pars suppellectilis vel familiæ. Damhuder. *Praxi C.* 59. *n.* 2 vel ubi tempore citationis habitat, Damhuder. *ibid.* Viv. *Lib.* 2 *Decis.* 274. *n.* 3. P. Æmil. *Decis. Rota* 117. *n.* 2. & alii passim. Vel in qua residere iure teneatur, ut Clericus loco beneficii. &c. P. Greg 48. *Synt* 2. *n* 18 Et uxor citatur ad domum mariti, A. Fab. *C. suo h. t. de fin.* 5. An autem & quando vir in ædibus uxoris, & ut ibi habitare censeatur, vid. Menoch 2. *Præs.* 27 Mynsing. 3. *Obs* 37. Non autem sufficit conventum esse domesticum, etsi filius vel pater sit, si ea conventio non fiat ad locum domicilii, A. Fab. *d. t. defin.* 1. ubi & domicilii foribus affigi debet testato, si abiit, vel domestico cuidam tradi, Scaccia 1. *de iudic.* 32 *n.* 23. A. Fab. *d. loc.* Ut nisi scriptus fiat contumacem non reddat, Maranta *hoc tit. n.* 8. Afin. §. 6 *C.* 7. *Casu* 7. Hinc quoque alta voce fieri debere vulgo eliciunt ex *L. diffamari* 5. *C. de ingen. man.* verbo: *vocitasse*. Cæs. Contard. post alios *ibid. C.* 1. *n.* 42. Sed immo *vocitare* est sæpius vocare, Blarer. *ibid. in Summa d. L. n.* 13 Plura de hac pete ex DD. memoratis.

6) *L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam d. L.* 4. §. 5. *de dam inf.* Et si nemo domi reperiatur, vicinis denunciari potest, Damhuder *Praxi C* 59. *n.* 1 Quin & schedula citationis affigi debet foribus ædium *d. L.* 4 §. 6. *de dam inf.* Guid. Papæ *Singul.* 419 & si domo careat ad ædem sacram, seu Ecclesiam parochialem *Cap. ult. de dolo & contum.* Io. Pels *Process tit.* 12. *n.* 31. Sed & vagabundi per edicta, aut publicas proclamationes vocari possunt, vid. Maranta *hoc tit. n.* 83 *& n.* 130 Gail 1. *Obs.* 57. *n.* 4. *& seq.* Menoch. *Recup poss. remed.* 8. *n.* 117. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 7. *n.* 25. *&* 2. *seqq.* Et quidem Citatio per edictum non nisi in casu necessitatis adhibenda, quando nec ad domum citationis locus, Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. caus. civ crim. &c. C.* 34. *n.* 7. Maranta *d. tit. de Citat. n.* 82. Gail. *d Obs.* 57. *n.* 1. Meland. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 7. *f.* 285. Aden ut quoties alio modo insinuari potest, hac gravatum appellare posse velint Gail. *d loc.* P. Greg. 2. *de Appel* 15. *n.* 10. Coler. *P.* 3. *Cap.* 7. *n.* 27 & ipsam citationem nullius momenti esse docet Menoch *Recup. poss. Remed.* 8. *n* 118 *& Remed.* 15. *n.* 229. Quin nec nisi speciali commissione Principis, vid. *h. C. N.* 8 ac solum contra eum qui procurat ne ad se veniat Citatio, hanc expediri, Bover. *Sing.* 9. *n.* 25. add. Schurff *Cons* 82. *Cent.* 1. Et quod soli ordinario hæc licita, nec delegato nisi Principis, in casibus iure permissis & rescripto contentis, Scacc. *d.C.* 34. *n.* 1. 3 4. (add. *huius C. N.* 8. Qui *ibid n.* 9. *& seqq* casus septem percenset quibus hæc admissa, (e quibus quatuor refert Gail. *d Obs.* 57. *&* 13 Maranta *d loc.*) (1) Quando quis effecit ne Citatio ad se perveniret, *clem.* 1. *de iudic*. Scacc. *d. n.* 9 Mar. *d. loc. n.* 84. Quin & hunc pro citato haberi, ut amplius citandus non sit, per *C. quoniam* 5. § *porro* 5. *Ut lite non cont.* Gail. 1. *Obs.* 55. *n.* 4 Io Rulant. *addit. ad Marant. h. tit. n.* 36. (2) Quando non est tutus accessus, *d. clem.* 2. *clem. un. de foro comp.* vid Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 82. Gail. *d. O.* 50. *n.* 2. Vestr *Lib.* 4. *Pract. C.* 2. *n.* 3. Mar. *d. loc. n.* 85. Vant. *d. tit. n.* 124. *& seqq* Scaccia *d. loc. n.* 10, & 11, obi hoc per duos testes singulares probari, & cognosci summarie (3) Quando prius principaliter citatus contumax, vel recessit procuratore non relicto, Scaccia *ibid. n.* 12 (4) Quando vagabundus, ut auctores ante citati. Qui affigi volunt edicti litteras foribus ædium, si quas habet, vel in ea civitate ac loco ubi conversari solitus, Marant. *d. n.* 83. Gail. 1. *Obs.* 57. *n.* 5. *per L.* 4. §. 6. *de dam. inf. L.* 27. §. 2. *ad Municip* Sed Scaccia *d. C.* 34. *n.* 14 *& C.* 45. *n.* 23. ita distingnit:- Si de re soli agitur, affigenda loco rei sitæ, per *d. L.* 4. §. 6. Siu de mobili vel pecunia, ubi versari reus consuevit. (5) Casus Scacciæ in obligatione in forma Cameræ, quæ Romanis, qui hodie sunt, frequentatur, qua de tractatus extat Ant. Massæ Galesii. (6) Quando contradictor incertus, quoties in genere omnes sua quoquo modo interesse putantes citantur *C. ult. in fi. de elect.* vid. Gail. *d. Obs* 57. *n* 6. *&* 7. Scacc. *d. C.* 34. *n.* 16. Mar *d. loc. n.* 89. Marsil. *Singul.* 259. Vant. *d Tit. n* 142 Menoch. *Recup. poss. Remed.* 8. *n.* 102. *& seqq.* Cuius Citationis generalis formulam pete ex Rosbach. *cit.* 27. Quam citationem non arctatoriam, sed monitoriam nostri vocant, cum per eam optio detur cuicunque venire & obsistere, nemo autem cogatur, vid. Vant. *de Null. ex def. citat. n.* 60. Vestr. *Lib.* 4 *Pract. C.* 4 *n.* 8 Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 5. *&* 67. Suid *Decis.* 26. *n.* 7. Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Præs n.* 159. *& seqq.* scribens ea non fieri reum necessarium nec induci litis pendentiam. Et quod per eam inhabiles non habilitentur, uti per aliam, Contard. *in L. diffamari C.* 1. *n* 36. Menoc. *Adip. poss. Remed.* 4 *n.* 615. *&* 2. *seqq* vid Io. Pels *Process. Tit* 12. *n.* 29. *& seqq.* Compantione tamen eam ita purgari docet Lanc *d. loc. n* 162. ac si simpliciter, sine conditione, facta fuisset. Denique septimo quando lis cum Universitate quapiam vel collegio, per edictum propositum in loco ubi conventus haberi solitus, & si eo non pateat accessus in porta civitatis vel loco confini affixum, vid. Mar. *d. loc. n.* 94. Vant *d. tit. n.* 144. Gravat. *ad Vestr. Lib* 4. *C.* 3. *n.* 12. Io P.ls *Process. Tit* 12. *n.* 33. *& seqq* Menoch. *Recup. poss. Remed* 8. *n.* 119. Lanc. *de Attent p.* 2. *C.* 4 *Præs. n* 157. *& seqq* Affigi autem debent literæ edicti in loco publico domicilio vicino, eo ve, unde facilior notitia per *L.* 11. §. 3 *de aed. act.* vid. Io. Pels *d. tit* 12. *n.* 56. *& seqq.* Vant. *d. loc. n.* 140. Ex usu Cameræ tribus saltem locis vicinis affigi, eique a parte adversa designari debere notat Gail. *d Obs.* 57. *n.* 10. Ipsumque autographum (vulgo originale) affigendum primitus, postea autem, ubi per aliquot horas ibi mansit, eo refixo substitui posse exemplum (vulgo copiam) vult Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. caus civ C* 45. *n* 17 Et quamdiu affixa hæc Citatio esse debeat in loco publico iudicis arbitrii est, Menoch. *C.* 463. Effectum eius tradit Gail. *d. Obs.* 57 *n.* 12. ut perinde arctet citatum atque quæ in personam fit, contumacemque reddat, ut procedi ulterius queat. Quod Scaccia *d. C.* 45. *n.* 21, tunc admittit, quando certus est citandus, nec in personam citari potuit ob accessum non tutum. Et quod hinc ficte contumax reddatur, audiaturque etiam contra sententiam, refusis expensis prodidit Paul. Æmil *Decis. Rota* 118. *P.* 1. Quodque ignoranti Citationem ad notitiam suam non pervenisse credatur Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 77 *n.* 11 Plura de hac pete ea Gail. *d. Obs.* 57 Scaccia *d C* 34 aliisque ante citatis, ut & Menoch *Recup poss. Remed.* 4. *n* 102. *& seqq.* Affinis huic ea quæ fit voce preconis Vulgo Citatio per Proclama. Quæ clara voce nuncii in platea publica, citra affixionem legitur aut pronunciatur De qua & quibus casibus recepta sit. (Non enim iisdem quibus prior, quod vox preconis paucis innotescat, facile evanescat *auth. qui semel C. Quom. & quan. iud Nov.* 112. *C.* 3 Sich. ad *L.* 8. *C d. t n.* 11.) vid. Maranta *h t. n* 97. *& seqq.* Scaccia *d Lib.* 1. *C.* 35 Contard *in L. diffamari L.* 6 *n.* 21. *& seqq* Fr. Herculan. *de Probanda negativa n* 240. *& seqq.* Afin. *de Exprent* § 6 *C.* 39. *& seqq* Cuiusmodi & ea quæ in matrimoniis consueta est fieri denunciatio a parocho in suggestu vulgo *das aufbieten*, Maranta *d loc n* 102 & Scacc *n* 3. Etsi vero præsumptio sit quod Citationis per Proclama notitia pervenerit ad citatum, iniurando tamen contrarium asseverantis creditur per *C. ult. Qui matr. accus. poss* Menoch *Lib.* 1. *Præsumpt. Q* 77. *n.* 10 *&* 11. Accedunt his vulgo Citationem per Campanam, aut tubæ son[itum]

cuius

tur in ius, cum queis nulla actio est, sed ut ab his exquiratur, an velint absentem defendere: ea gratia ut si parati fint defensionem suscipere, conveniantur ipsi, & vocentur in ius. Si nolint conventio saltem in hoc cedet, ut declaretur absentes cum convenirentur fuisse indefensos, qui neque per se neque per alios defenderentur: Sic deinde procedatur adversus eos ea via qua adversus indefensos & sui copiam non facientes agi solet. De quo dicetur postea suo loco, neque ita multo post. Hoc in *L. hoc autem*, *§. 1. D. quib. ex caus. in poss. eat.*

IV. Postquam adversarius in primis in ius vocandus est, atque hoc modo constat vocationem hic non solum esse, sed etiam ante omnia esse debere: quæretur deinde quid sit in ius vocare, ut quod hæc definitio dictabit, sciamus in vocatione instituenda esse sequendum. In ius vocare sic explicat Iustinianus in *d. §. ult. Inst. de pœn. tem. litig.* ut sit vocare ad eum [7] qui ius dicturus sit. Recte ut ex loco in quo ius dicitur intelligamus eum qui eo loco ius dicit. Hunc enim locum significat verbum iuris, cum coniungitur cum verbis motum ad locum, aut significantibus. *L. pen. D. de iust. & iur. L. 4. D. de interr. in iur. fac.* Quod ad rem ipsam attinet, consulto dictum est, ad eum qui ius dicturus est, ut intelligamus adversarium vocari solum recte posse ad eum qui ius dicere potest, idest, qui iurisdictionem habet, sive ei præsit, ut magistratus, sive habeat [8] a magistratu mandatam, quales sint ii quos vulgo locum tenentes vocant. Ad hos inquam recta & utilis vocatio est, quia sunt ii, quorum esse potest de re controversa iurisdictio, ad iudicem datum seu pedaneum frustra quis vocetur [9] *L. 3. D. ne quis eum qui in ius voc. vi ex.* Optima ratione: quia ne is quidem iudex esse possit in ea caussa de qua agitur, nisi in ea datus a magistratu fuerit. Ut autem detur, prius est, ut adeatur magistratus a litigatoribus, qui deinde statuet, utrum cognoscat ipse, an vero alium det iudicem. Neque vero adhibetur, nisi cum adversarius in ius vocatus simul & actor ad magistratum iuris experiendi caussa venerit. Sed nec in iudice dato ulla potestas est cogendi eum, qui in ius vocatus est, ut ad se veniat, si recuset. Notionem [10] enim tantum habet non iurisdictio-

cuius usus in convocandis personis alicuius universitatis, collegii, capituli aut consilii generalis. Qua de Scaccia *d. Lib* 1. C. 36. Marant. *h. t. n.* 111. *& seqq.* P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 10 Sed ea non est huius loci. Etsi Cuiac. 7. *Obs.* 15. in criminalibus citationem absentium reorum per triduum *L.* 10. *de publ. iud.* buccina fieri.

7) Ita & Don. *ad Rub. Cod. h. t. n* 8 quia in locum quo ius redditur, potest quis vocari ad scribam, advocatum vel alium, quæ tamen in ius vocatio non est. Eodem sensu dicitur in iudicium vocare *L.* 2. *§.* 2. *Qui satisd. cog. L.* 1. *§ pen. & ult. L. tutor.* 28 *pr. de adm. tut. L.* 2. *de eo per quem fac. er.* Sicuti & cautio iudicio sisti est ad prætoris sellam sisti, *iis D. Si quis in ius voc. non ier.* Cuiac. 10. *Obs.* 10. Quia iudicium generalius etiam apud Prætorem dicitur, vid *supra Lib.* 17. *C.* 3. *N.* 2. *& C.* 21. *N* 3 Et ita quod in iure fit, etiam in iudicio; etsi contra, quod in iudicio strictius accepto apud pedaneum nunquam dicatur in iure fieri, Vult. 1. *Disput.* 1. *pag* 16. add. *h. C. N.* 10. Diss. Ant. Fab. *ut not. infra C.* 9. *N* 4.

8) Etsi enim quidam veterum in delegato dubitaverint, num per nuncium, aut litteras citare possit, vid. Ayrer. *Process. p.* 1. *C* 3 *Obs.* 2. *n* 15. & nonnulli ab ipso delegato vocandum reum censuerint. Alii per nuncium quidem viva voce & in faciem posse, ast non per litteras domui affigendas, vid. Sich. *ad L.* 8. *C. Quom. & quan. iud. n.* 13. *& seq* Quin tamen & huic (per litteras quoque) citare liceat ambigendum non est, ut post *Specul.* & *specular.* Afin. *§.* 7. *C.* 4. *n.* 5. Et probat *L.* 16. *& seq. de iurisd.* iunct. *L.* 2. *eod.* & ea quæ *supra Lib.* 17. *C* 8 ubi vid. *N* 58. Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 16. *& seqq.* Quin & quando prima vice quis coram delegato citatur necesse esse, ut id scriptis fiat. Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Iud. C.* 33. *n.* 16. & Maranta *hoc tit. n.* 75. Afin *§.* 6. *C.* 7. *n.* 1. Siquidem potestas delegati in Citatione exprimenda, citra quam non arctat ut citati *supra Lib.* 17 *C.* 8. *N.* 52. quibus add. Gail. 1. *Obs.* 48. n. 17. *& seq.* Mynf. 3. *Obs* 1. Meland. *Com. Cameral P.* 2. *Memb.* 17. *f.* 278. Ayrer *d. Obs.* 2 *n.* 19. Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 32. *n.* 35. excipiens nisi leve præiudicium citati vertatur, & nisi in loco propinquo degat citatus. Io. Pels *Process Tit.* 12. n. 8. *&* 9. Iamin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 629. Sane Citationem per edictum solum per delegatum Principis, non autem inferioris expediri nostri volunt, nec nisi id diserte rescripto delegationis concessum, cum superioris auctoritatem requirat, rigorosa & exorbitans sit. De quo adi Vant. *de Nullit. ex def citat. n.* 125. *& seqq.* Wurmser *Tit* 6. *Obs.* 8. *n.* 1. Iacob. de Bello visu *Pract crim Lib* 2 *C.* 5. *n.* 7. Sich. *ad L.* 8. *C. Quom. & quan. iud n.* 13. *& seqq.* Scaccia *Lib.* 1. *Cap.* 34. *n* 3. *& seqq.* ubi *n.* 5 similem eam esse banno. Bannire autem delegato non licet, & Marant. *tit. de Citat. n* 39. adducens *auth. qui semel C. Quom. & quan iud. Nov* 112 *C.* 3 *pr* Unde Commissarium Cameræ, ea inconsulta, ita citare non debere docet & observari testatur Rulant. *de Commiss P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 3. *sub fin.* vid. tamen Io. Pels *Process. Tit.* 12. *n* 121. Denique Citatione per delegatum decreta vivo delegante, etsi hoc mortuo insinuetur, iurisdictionem perpetuatam esse iudicatum refert P. Æmil. *Decis. Rota* 115. *P.* 1. Confer. *supra Lib.* 17. *Cap.* 8. *N.* 61. De Citatione autem incompetentis itemque extra territorium citantis notabo *infra C.* 10.

9) Plane Ræv. 3. *Coniect* 10. per *pedaneum d. L.* 3. *§.* 1. intelligit non iudicem datum, sed minorem magistratum ex iis, qui neque vocationem neque prehensionem habebant, ut quæstores, Agell. 13. *Noct* 12 *& seq.* Hic enim ait, si non denunciata pœna evocet, sed adstricta cervice ad se trahi patiatur, eo ipso supra iurisdictionem suam ius dicit. Proinde ita tractum impune quis eximit. Sane magistratus illos quibus tribunal non fuit, pedaneos nuncupatos comprobavimus *supra Lib.* 17. *C.* 21. *N.* 7. Ast de iis *d. §.* 1. exponere non necesse est. Aut saltem eius sententia æque, & magis, ad iudices datos pertinet.

10) Ita & Camil. Plaut. *ad Rub. D de off. eius Lib.* 2 *C.* 7. *n* 1 quia nec ius cogendi, nec mulctæ dicendæ, habet Duar. *ad hoc tit. D. C.* 2. *&* 1. *Disp.* 1 Cuiac. 10. *Obs.* 10. Govean. *Lib.* 2. *de iurisd. n.* 34. scribens nec legi, nec fando auditum ad pedaneos in ius vocari, cum ius sit locus ubi Prætor ius dicit *L. pen. de iust. de iur.* & *totius tit. de in ius voc* ad magistratus pertineat non ad pedaneos. Sic Donatus *in ius* ire exponit ad prætoris sellam ire, Rævat *Probab. C.* 7. Et omne quod in iure fieri dicitur, semper apud magistratum, nunquam apud iudicem datum intelligi contendit, Vult. 1. *Disp.* 1. *pag.* 13. *per L.* 6. *in fi. de feriis. L.* 56. *§.* 1. *Mand. L.* 29.

ctionem, eoque nec imperium quod iurisdictioni est admistum, ut suo loco diximus. Paulus definit hoc modo in *L. 1. D. de in ius voc.* ut sit in ius vocare, iuris experiendi caussa vocare. Recte hoc quoque. Non enim vocatur quisquam adversarius in ius nisi ea gratia, ut apud quem id facere ius est, apud eum de iure suo experiatur: idest, apud eum iure iudicioque agat de ea re, quam in iudicium vocat. Id enim valet iuris auctoribus formula loquendi usitata, cum dicunt de iure suo aut de re aliqua experiri, ut *L. 1. D. ex quibus cauf. maior. L. 1. quando de pec. annalis est act. L. 1. D. quæ in fraudem creditor.* vel ius experiri ut in superiore definitione. *L. 1. de in ius voc.* Vel absolute experiri, ut in *L. 1. D. de diver. temp. præscript.* Significatione hinc ducta, quod experiri est tentare. Qui autem agit iudicio, tentat, quod ius de eo quod petit sententia iudicis impetret. Et vere tentat: non enim certum habet se 11 consecuturum: cum fieri possit, ut non sit ius eius id quod putat, aut non satis de iure suo probet, aut in bona caussa, & iusta probatione iudex illi iniuriam faciat reum per imperitiam aut sordes absolvendo, contra quam oportebat. Sed videri potest, utraque definitio superior manca esse, quia utrique deest id membrum, quod altera definitione expressum est. Quod secus est. Ita est enim utrumque membrum superius, ut uno posito alterum sua sponte intelligatur. Cum enim dicimus in ius vocare esse ad eum vocare, qui ius dicturus sit, non obscure hoc intelligitur esse vocare ad eum, qui ius dicturus sit de ea re, de qua agitur. Hoc autem est de ea, de qua actor vult ius experiri. Proinde vocare huius iuris experiendi caussa. Rursum cum dicimus in ius vocare esse iuris experiendi caussa vocare, necesse est continuo intelligi, esse vocare ad eum, qui ius dicturus sit: quoniam de iure nostro experiri, ut id nobis reddatur, non nisi apud eum possumus, qui ius potest reddere sive dicere. Quod si placet omnem dubitationem tollere, licet coniungere utrumque membrum hoc modo, ut in ius vocare dicamus esse, ad eum qui ius dicturus sit, experiundi caussa vocare. Est autem vocare aliquem alio, denunciare ei, ut eo loco adsit. Ita si vim verbi plena definitione complecti volumus, definiemus in ius vocare, ut sit 12 denun-

29. §. 1. *de donat. L. ult. de cess. bonor.* & simil. ab eo prolatis. Et ita *in iure* & apud Iudicem opponit Plaut. *Menachm. Act.* 4. *Sc.* 2. in iure & in iudiciis, Cicer. 1. *de Orat.* Rævar. *d. C.* 7. add Turneb. 29. *Adv.* 33. Coras. 3. *Misc.* 18. Speckan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 10. *n.* 2. & 3. Enimvero latiori sensu *ius* complecti iudicium & tractationem apud pedaneum forsan non adeo absurde quis contenderet, per *L.* 4. § 1 *de interr. in iure.* Nam etsi ibi: *alios iudices* exponat ordinarios non delegatos Baro *Lib. Var.* QQ. *de iurisd. fol.* 43. in seqq tamen *iuris dicendi vel iudicandi*, vocula *vel* disiungit pariter & utrumque implicat. Dici tamen potest ea verba de caussis, quas ipse Prætor cognovit, & disceptavit, accipi debere. Confer. *supra Lib.* 17 *C.* 21. Ast dices: Si Iudici pedaneo nulla vocandi auctoritas, qui igitur litem dirimere potuit? Bodin. 3. *de Rep.* 5. *initio n.* 299. pedaneos in ius vocasse scribit, sed quia imperandi iure carerent, vocatos obtemperare non coactos, nisi magistratus ipsi pro iure suæ potestatis iuberent. Vult 1. *Disc.* 1. *p.* & *seqq.* & *Disc.* 2. sentit in ius vocationem quidem solum dictam ad præturem vel magistratum, Citationem autem etiam ad pedaneum. Etsi enim Govean. 1. *Var. Lect. ult. n.* 3. Citare velit esse voce præconis vocari curam magistratu, ut *L. pen. de int. rest. L.* 73. *de iudic.* Et Duar. 1. *Disp.* 7. & *ad h. t. D. C.* 2. Citationem cum in ius vocatione confundi quandoque ut *L.* 8. *C. Quom. & quan. iud.* Apud veteres autem Iurisconsultos *Citari* reum, cum ipsa die cognitionis, quæ ante ei dicta fuit, in foro & tribunali per præconem evocatur, ut præsens sit necne appareat. Quod probare nititur ex *d. L. pen. de in int. rest. L. inter* 10. *de publ. iud.* Quintil. *Lib.* 6. *C.* 5. Agell. 11. *Noct.* 1. Ascon. 3 *Verrina*. Et ita Baro in *d. L. pen.* Citat præco cum inclamat iam edictis solemniter evocatum. Ac convenit Ræv. *Protrib. C.* 2. confirmans ex Apuleio *Lib.* 10. Suet. *in Tiberio* & *L.* 28. § *pen. verbis*: isque adesse negabitur (scilicet voce præconis post citationem) *de Fideic. libert.* Vulteius tamen *d. C.* 2. Citationem ita anguste non accipi debere ostendit, statuitque Citationem generis verbum: cuius species sint, in ius vocatio ad Præturem, & Citatio specialius dicta ad Iudicem datum. Quæ & in aliis differebant. Illa etiam propria auctoritate ut *h. C. N.* 14. Hæc non nisi iussu Iudicis præcone: Illa sæpius per privatum, licet, & per apparitorem pelente adversario fieri potuerit; hæc per præconem vel apparitorem; illa iuris experiundi; hæc facti disceptandi caussa, &c. Et probat Val. Guil. Forst. *Parat. ad h. t.* nec alienus videtur P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 4. Gilk. *ad Rub. C. h. t. n.* 6. & 7. Quorum uberior explicatio petenda ex Vulteio. Hoc enim discrimen, uti & *iuris* & *iudicii* ab usu recessit, non amplius vigente veteri dandorum Iudicum more. Etsi quadantenus adhuc supersit, cum hodie præparatoria iudiciorum usurpentur, quæ antiquitus in iure peragebantur, Vult. *d. Disc.* 1. *p.* 27. Sed & OO. vulgo ignoratum est discrimen Iudicis dati & eius cui iurisdictio delegata est, vid. *Lib.* 17. *C.* 23 *N* 4. Eorumque dogmata in mores ac usus pervaserunt. Unde cum de pedanei citatione loquuntur, delegatum intelligunt, de quo *supra N.* 8. Denique Donellus noster hic tractat non de quavis vocatione in ius vel iudicium, sed solum de prima, principio ordinis iudiciarii: Quæ iuxta ritus antiquos, per naturam nulla fiebat a Iudice dato.

11) Ita & Donellus *ad h. t. C. n.* 10. Convenit A. Fab. *ad d. L.* 1. his verbis notari dubium iudicii exitum *L.* 5 *t. de pecul.* & aleam *L.* 12. *de sta. hom.* quia quæstio facti in arbitrio iudicantis. Facti autem interpretatio prudentissimos fallere potest. Dicitur & reus experiri vid. *Lib.* 17. *C.* 4. *N.* 5.

12) Ita & Don. *ad h. t. C. n.* 12 Supine Cuiac. *Par. C. h. t.* In ius vocare est, ait, trahere invitum ad Iudicem agendi gratia, & Gov. 1. *Var. Lect. ult.* est ad magistratum manu ducere. Etsi enim ita olim in ius ire nolens cogeretur infra *N* 14 quis tamen ambiget quin & qui sponte veniebat recte vocatus diceretur *L.* 21. *h. t.* Neque semper vim coniunctam habuit *L.* 19. *L.* 21. *h. tit.* Certe vis verbi *vocare* plane alia ut *L.* 3. §. *ultim.* iunct. *L. seq. de testibus*. Quin adiuncta vocationi ductio quandoque, eamque sequebatur, ni sponte veniret antestatus. Quomodo Cuiac & Govean. refellit Don. *ad h. t. C. n.* 11. & Petr. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 2. quia & Agell. 13. *Noct.* 12. prehensionem, seu manu ductionem a vocatione differre docet. Cæterum hæc descriptio Donelli est primæ Citationis, actus iudicii præparatorii, quam & haut fere alia sententia describit, Wesen. *Par. h. tit. n.* 13. Quæ & universo Citationum usui in quibusvis actibus iudicii non convenit. Quin & olim Citatio quoque extra iudicium dicebatur vid. Rubert. 3. *Sent.* 7. Vult. 1. *Disc.* 2. *p.* 26.

denunciare adverfario, ut fe fiftat iudicio ad eum qui ius dicit, iuris de re certa cum eo experiundi cauffa.

V. Non eft fatis ad neceffitatem veniendi in ius cuique imponendam ita vocationem effe, ut verbi fignificatio & fuperior definitio declarat. Vocationem talem quærimus quæ eadem iufta fit: ut fcilicet adverfarius cum in ius vocabitur ita vocetur, ut ius præfcribit. In eo certæ res funt, [13] quas ius defiderat: quarum quædam in ipfa vocatione infunt: quædam extra vocationem fpectantur, cum vocatione tamen ita coniunctæ, ut fine his nulla fit vocatio. In vocatione ipfa ut iufta fit, tria obfervanda funt. Ritus vocationis, Perfona vocati, Dies ad quem iubeatur iudicio fiftere qui vocatus eft.

VI. Ritus vocationis olim nullus fuit, fed licebat privato privatum cum quo iure agere vellet per fe & fua auctoritate in ius vocare, & quidem ita, ut vocatum nifi caveret iudicio fiftendi cauffa, ius effet etiam invitum in ius ducere. Quod idoneis teftimoniis compluribus probavit Duarenus [14] *lib.* 1. *difp.* C. 1. In quibus

13) Vulgo Citationis tria extrema, feu partes ftatuuntur. Præceptio, feu Commiffio Iudicis: Executio nuncii, & eiufdem Relatio. Maranta *Specul. P.* 6. *tit. de Citat. n.* 51. Mynf. 6. *Obf.* 10. *n.* 1. Wef. *Par. hoc tit. n.* 13. Sed Vant. *de Nullit. ex def. Citat n.* 145 4 partes principales refert, addens formam, feu conceptionem. De reliquis vid. *h. C. N.* 15. *& N.* 19. Conceptionem, feu formulam hic paucis perftringemus. Cuius 6. requifita recenfent Maranta *p.* 6. *h. t. n* 63 Scaccia *Lib.* 1. *de Iud. C.* 32. Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 17. *& feqq.* Gail. 1. *Obf.* 48. *& f. feqq.* Vant. *de Nullit ex def. citat. n.* 31. *& feqq.* Rulant. *de Commiff. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. Ayrer. *Proceff. P.* 1. *C.* 3. *Obfe.* 2. Wef. *Par. hoc tit. n.* 13. Mehand *Comm. Camer. P.* 2. *f.* 267. *& f* 278. *& feqq.* Videlicet: (1. Nomen, Iudicis, *L.* 80. *de iudic.* tum ut fciatur an competens, tum ut iuffu eius factam appareat, itemque ut conftet an ordinarius fit vel delegatus. Quin errorem in nomine eius vitiare volunt, per *L.* 80. *de iudic.* Gail *d. Obf.* 48. *n.* 23. Ayrer. *d. loc. n.* 20. Vant. *d. tit. n.* 48. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 10. (2) Rei, vel citandi arg. *L.* 12. *& feqq de except. rei iud. L. ult. C. Si per vim vel al. mo.* De quo & quid fi plures citandi, fi nomen ignoretur &c. præter Gail. 1. *Obfer.* 49. & modo relatos Frider. *de Proceff. extrab. Lib.* 2. *C.* 6. *n.* 13. *ac feqq. Lib.* 2. *de Mand. iudit. C.* 60. *n.* 2. Veftr. *Lib.* 4. *Prattica C.* 2. *n.* 2. Fr Herculan. *de Probanda negativa n.* 241. Mynf. 5. *Obfer.* 50. Et quod conveniens cuique titulus tribuendus, Rulant. *d. C.* 3. *n.* 4. Et quando demonftratio falfa citati vitiet proceffum in iudicus, Leand. Galganet. *de Cond. & dem. adr. P.* 2. *Cap.* 2. *Q.* 6. Quid in Univerfitate citanda fervandum Gail. *d. Obf.* 49. *n.* 6. *&* 7. Mynf. *d. Obf* 50. Dunkuder. *Praxi C.* 59. *n.* 19. *& feq* Gu *Q.* 321. Bover. *Sing.* 9. *n.* 20. Rosbach. *d. tit.* 22. *n.* 6 *& n.* 19. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 3. *n.* 20. *& feq.* Confer. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 11. *n.* 16. *& feq.* Nicol. Lofæ. *de Iure univerfit. P.* 2. *C.* 1. *n.* 63. (3) Actoris, vel citationem petentis, cum non, nifi ad eius inftantiam decerni debeat, vid. *infra N.* 18. (4) Cauffa, ob quam vid. *C. feq. N.* 1. (5) Dies, vid. *h. C. N.* 26. & (6) Locus, quo fe fiftere debet, per *L.* 50. *de iudic. L.* 5. *C. Quom. & quan. iud.* Sine quo Citatio profuforia & obfcura per *L.* 5. *§.* 1. *Quod vi aut clam.* Cum nec fcire poffit citatus ubi comparere debeat, & an is locus tutus & immunis, itemque an intra fines iurifdictionis citantis. Quod in delegato indiftincte obtinet ut loco non expreffo Citationis nulla vis fit, Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 64. & ibi Foller. Vant. *d. tit. n.* 62. Gail. 1. *Obf.* 52. *n.* 12. ac omnium fententiam effe refert Scacc. *Lib.* 1. *C.* 32. *n.* 24 In ordinario vero etfi fecus effe contendat Gail. *d. Obf.* 52. *n* 13. idem ftatuens in iis quibus tota provincia pro tribunali eft, atque in aliis inferioribus, & fere Vant. *d. t. n.* 64. Etfi item indiftincte in ordinariis idem quod in delegatis ftatuat Rulant. *d. C.* 3. *n.* 9. (lapfu forte pennæ potius quam certo iudicio.) Sicuti nec diftinguit Ayrer. *d. Obf. n.* 35. *& feq.* Verior tamen vulgata diftinctio. Ut fi ordinario certum & folitum tribunal, id licet non expreffum intelligatur tamen, per *L.* 59. *de iud.* Sin fecus, locus defignandus, veluti, inquiunt, a rectoribus provinciæ, quorum loco hodie Principes, Comites &c. Quod tamen varie declarant, vid. Foller. *ad Maranta h. t. n.* 64. fufe Sich. ad *L.* 5. *C. Quom. & quan. iud. n* 3. *& feqq.* Locus autem hic oportet. (1) Ut inbfit iurifdictioni citantis, fi ordinarius, per *L. ultim. de iurifdict. C. ftatutum* 11. *§. in nullo* 3. *de refc. in* 6. *C. penult. de off. vicar.* Marant. *h. t. n.* 131. Vant. *d. t. n.* 61. Gail. *d. Obf.* 52. *n.* 21. vid. tamen Sichard. duobus modis limitans ad *d. L.* 5. *n.* 10. Sin delegatus, fi quidem ei locus refcripto affignatus, non debet ad alium citare, Scaccia *d. C.* 32. *n.* 25 Rulant. *d. C* 3. *n.* 10. nifi ex cauffa de qua mox, fin minus eo loco iuffus videtur iudicare quo folet fine incommodo litigantium *arg. L.* 59. *de iudic.* Vant. *d. loc. n.* 62. Nec nimis igitur fit remotus aut diftans ultra diei iter, vid. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 34. Maranta *d. n.* 131. *per d. C.* 11. *§. cum vero* 1. *& §. cum a.* 2. *de refer. in* 6. (2) Ut fit honeftus, non fi popina vel lupanar *L.* 21. *§. pen. de rec. arb.* Sich. *ad d. L.* 5 *n.* 9. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 26. Ayrer. *d. Obf.* 2. *n.* 49. & (3) Tutus, ut & ad præfentiam Iudicum poffit fecure venire citatus ut loquitur *C. ex parte* 47. *de appell.* & fine periculo ibi verfari, libereque negocio expedito redire domum. Fac. *L.* 7. *§.* 6. *Quib. ex C. in poff eat. tex. clem.* 1. *de foro comp. Clem. paftoralis* 2. *de re iud. & fimil.* Non itaque fi contagio is infectus *C. ad fupplicat.* 9. *de renunciat.* vid. & Wurmfer. *Tit.* 6. *Obf.* 5. Sebaft. Medic. *de Cafibus ferr. P.* 2. *Q.* 6. *n.* 46. Atque ex hac cauffa delegatus quoque is, cui certus locus affignatus, eum mutare poteft; alio immuni electo Rulant *d. C.* 3. *n.* 18 Non fi ratione inimicitiarum, infidiarumve citato fufpectus, aut fi iniuriam Iudicis is iufte veretur. Et exceptioni loci non tuti etiam locus poft litem conteftatam, vid *fupra Lib.* 22. *C.* 8 *N.* 28. Ac etfi quis femel comparuit nec oppofuit, alia tamen vice & alio in actu opponi poteft, Iac. Schult *Obf. forenf* 8. *n* 9. Qua de re, uti & de fide publica, liberove acceffu (vulgo falvo conductu & fecuritate) citato conceffo, quæ fragilis nonnullis cautio appellatur, per *L.* 66. *§.* 1. *ad Trebel.* confule Gail. *d. Obf.* 52 Scaccia *d. C.* 32. *n.* 26. *& feqq.* Ayrer. *d. Obf.* 2. *n.* 38 *& feqq.* Rulant *d. C.* 3. *n.* 12. *& feqq.* Vant. *d. Tit. n.* 61. Ac præter hofce & plures ab iis relatos Bover. *Singul.* 9 *n.* 7. *&* 8 Marfil. *Singul* 261. *&* 311. Schurff. *Cent.* 2. *Conf.* 43 Petr. Premus *Tr. de Securit. premiffa*, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 109. *& feqq.* Menoch. *Arb. Ca.* 336. Moller. 2. *Semeftr* 1. Zanger *de Except. P.* 2. *C.* 5. Coler. *de Proceff. P.* 4. *C.* 1. *n.* 165. *& feqq.* Mafcard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 17. *&* 3. *feqq.*

14) Et ad *h. tit. D. C.* 2. *& C.* 6. Quam vim fane adhibitam negant Rob 3. *Sent.* 1. Vaud. 2. *Q.* 25 & Forner. 3. *Selest.* 12. fcribens aliter perfuafum effe iis, qui triviali interpretum opinione imbuti. Aft abunde cum legis decem viralis auctoritate tum claffiicorum auctorum teftimoniis, rationibus denique ex LL. noftris adductis comprobant Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 5. *& ad L.* 108 *de R. I.* Cuiac. 7. *Obf.* 10. *& ad L.* 48. *de V. S.* Petr. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 23. Govean. 1. *Var. Lect. ult* Poll. 5. *Hift. fori* 1. Coraf. *ad §. pœnales* 12. *I. de act. n.* 5. *&* 6. P. Nann. *Lib.* 12. Mifc. *C.* 1. Ludov. Carrio. 2. *Emend.* 12. Lipf. 4. *Epift. Q.* 26. Lambin. *ad Horat.* 1. *Satyr.* 9. *circ. fi.* Theod. Marcil. *Legis* 12. *tab. collectis & interpretamento C.* 1. Gruter. 7. *Sufpic.* 15. Speckh *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 10 Perrenon. 1. *Animadv.* 19. P. Bufius *ad L.* 1. *de in ius voc.* Vult. 1. *Difc.* 1. *pag.* 16. *& feqq.* Gœd. *ad L.* 9. *& ad L.* 39. *§.* 2. *de V. S.* Et hi quidem ambo obiectis Roberti fatis occurrunt. Ad quos ne prolixior fim, avidum antiquitatum Lectorem remitto. Hoc modo moneo, quod hi prætereunt, Legem illam 12 tab. uti plerafque, decemviros ab Athenienfibus accepiffe. Nam & apud illos fine viatore rapiendi rei poteftas actori. Demofth. *in Midiam* Guil. Poftard. *de Magiftrat. Athenienf. C.* 25. *pag.* 537. *& feqq.* Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurifd. Iudæ. Græc. C.* 4. *n.* 3. *& C.* 9. *n.* 24. (Qui & *Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 2. apud

hæc sunt. Sic enim est apud Terentium in *Eunuch. act. 4. scen. 6.*

Si vim facit, in ius ducito......

Et in Phormion. act. 5. scen. 7.

.... *in ius ambula.*

Et paulo post

Rape hunc............

Apud Horat. lib. 1. Sermon. Satyr. 9. in extremo;

...... *Rapit in ius, clamor utrinque undique concursus.......*

Sed hic mos postea in usu esse desiit, sive quod parum tutum aut humanum videretur rem tantam privati cuiusquam libidini adversus privatum civem permittere. Sive quod videretur esse æquius rem iuris experiundi caussa institutam auctoritate [15] eorum transigi, qui ipsi iuri dicundo præessent. Quando id factum sit incertum. Factum tamen constat ex scriptis iuris auctorum quæ exstant in libris nostris. Ex quibus intelligimus inolevisse iam olim hunc ritum vocationis, qui valuerit etiam Ulpiani & Pauli [16] temporibus ut vocaretur adversarius per apparitorem auctoritate magistratus, qui ob id adiretur, ut adversarium nomine vocantis, venire juberet. Per viatores idest adparitores voca-

2 apud Hebræos quoque idem viguisse affirmat auctoritate, etc. sacrarum litterarum. Sed locum non adducit. Cuius legis varians lectio. Marcil. *d. C.* 1. eam sic restituit, sensu ut videtur integriori & aptiori. SI IN IUS VOCAT NEI IT, antestator IGITUR, id est, deinde, postea IM, id est, eum CAPITO, prebendito, abducitor. SI CALVITUR, id est, moratur & frustratur *L.* 233. *pr. de V. S.* Guveao 1. *Var. Lect.* 32 Hinc calvitas *L.* 29. § *pen. Mand* iuxta Hal. lect a calvis inimicis ut apud, Non. Marcell. *de Propriet. form C* 1. una lectio habet, qui frustratur sunt, quod nullus iis sit pilus, quo trahi rapive possint, ex ritu prisco prehendendi hostem capillo, ut ex Plaut Sueton. *in Nerone C.* 41 Virgil 1. *Æneid. &c.* probat Marcil. *d. C.* 1. Vel ut altera lectio babet a calvis mimis, qui rasi omnes & ridiculi ac frustratui omnibus in theatro, Marcil. *d. loc* Gœd. *ad d. L.*233. *n* 2 PEDEMVE STRUIT, id est; si otiose it, vix pedem pedi præferens, ut Rævar *d. C.* 5 & Gœd. *ad d. l.* 9. *n* 7 vel si fugam meditatur, ut Marcil. *d. C.* 1. MANUM ENDO IACITO, idest, inicito. Et ita potestas data obtorto collo, ut Hieron. *Lib.* 2. *Ep.st.* seu adstricta cervice, ut eod sensu Iuvenal. *Sat.* 10. rapiendi, trahendi. Enimvero supinius Donellus hic dicit: *Ritus olim nullus.* Nam immo non nisi antestatio solemnis prius facta, abducere reum licebat, ut plerique omnes ante citati Citra eam si raperetur, iniuriarum actio, ut Acron *Horatii interpres*, Lambin. *d. loc.* Coras. *ad d.* §. 12. *n.* 5 *&* 6 Cuiac. *d. C.* 16 Speckhan. *d. Q.* 10. *n* 5. & alii relati. Nisi reus improbus esset ac intestabilis, ut fures ac lenones Quos sine intestatione raptos probat, post Hupper. *Lib* 3 *d. ... arte*, Ræv. *d. C.* 5. per locos Plaut *Aulular* 4. *sc.* 10 *& Persa* 4. *sc.* 9. Ubi Saturio Dorpalo lenoni manus iniiciens, interrogatus anne antestatur;

..... *Tuane ego caussa (ait) carnifex*
Cuiquam mortali libero aures atteram,

Antestationis hic ritus: In ius vocaturus plerunque amicos sibi advocabat, ut testes fierent recusationis rei. Sic enim antestatos dictos putat Porphyrion quod ante ceu testes advocentur, quam actor reum ... possit prehendere, Ræv. *d. C.* 5 Marc. *d. C.* 1 ... Cuiacium *d Cap.* 16 volentem antestatum dici reum qui testis conveniitur. Nam & *apud* Cai ... 1 ... 6. § *ult.* Antestatus qui emancipationi adhibetur. Horum uni, vel si nullus advocatus esset alicui de corona circumstanti, libero tamen homini, dicebat acturus: *Licet antestari.* Hic si diceret *licet*, auriculam porrigebat, seu ut Horat. 1. *Sat* 9. opponebat petitori. Qui imum auriculam tertio pervellebat, repetita formula. *Memento*, quod tu mihi in hac caussa testis eris. Tum antestatus, *memini.* Auris enim memoriæ consecrata, Plin. *Lib.* 11. *C.* 45 Est in aure ima memoriæ locus, quem tangentes antestamur. Quo alludit Virgil. *Bucol, Ecloga 6.*

...... *Cynthius aurem*
vellit & admonuit ......

De quo ritu Rævar. & Marcil. *dd. locis* Gruter. 7. *Susp.* 15. Lil. Gyrald. *Dialogismo* 9. *etc. fi.* (*Part* 2 *Thesauri Critici Gruteriani*) Ludov. Carrio 2. *Emend.* 12. (*Part* 3. *eiusdem*) Fr. Mod. *nov. antiq Test. Epist.* 57. Pollet. 5. Hist. *fori* 1. Lips. 4. *Epist. Q.* 26. Denique quod hic Donellus dicit *sua auctoritate* quomodo obtinuerit vid. *h. t. N.* 16.

15) Et ita nostri ad quamvis Citationem commissionem seu iussum Iudicis requirunt, & ut de eo constet per *L.* 29 §. *ult.* verbis *a præside evocato de minor. L.* 25. *Col. de episc. & cler. L. ult. C. de exhib reis. C ex parte* 2. *de rescript. & simil.* vid Guido Pap *Sing.* 82. *n.* 5. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 24. Ajin. *Praxi* §. 8 *C.* 1 Rosbach. *Process Tit.* 22. *n.* 24. *& seqq.* Gail. 1. *Obs.* 48. *n* 12. Sigis Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic causs civ. crim &c. C* 12. *n.* 7. Vant. *tit. de nullit. ex def Citat. n.* 30 *& seqq.* Ayrer. *P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 9 Meiand. *Comm Cameral P.* 2. *f.* 277. Zobel *P* 1 *Diff.* 5. *n* 2 *sq.* Hinc Quæritur quando hæc commissio præsumatur, & an quando viatori dicenti se ex mandato Iudicis citare fides habenda, & an specialis commissio requiratur, an generalis sufficiat? Iure Saxonum *Lib.* 3. *Art.* 56, apparitori publico & iurato citandi sine iussu speciali Iudicis ad petitionem partis auctoritas, & ita usu servari notat Zobel *d. Diff.* 5. *n.* 1. discrimen a iure civili statuens, Maranta *h. t. n.* 45. Rosbach. *d. t.* 22. *n.* 26. nuncio publico iure quoque civili sine scriptis citanti credi debere per *C. cum parati* 19. *de appell.* Idque pluribus locis receptum dicit Gravar. *ad Pract* Vestrn *Lib* 4. *C.* 4 *n.* 23. (& Matant *d loc. n.* 51. in civilibus generali consuetudine etiam ad instantiam partis irrequisito Iudice hunc citare.) Quod in caussis levioribus admittit P. Gregor, 48. *Synt.* 2. *n* 15. & in iisdem Menoch, 2. *Præs.* 24. si nuncius bonæ opinionis, Et quod nuncio de executione quidem ut *h. C. N.* 19. ast non iussu Iudicis referenti & testanti credatur, nec inde iure præsumatur commissio præcessisse, nisi in actis scripta sit, iure verius censet, etsi contra consuetudines plurium curiarum habeant. Vant. *d. tit. n.* 40. *&* 42 & Gail. 1. *Obs.* 54 *n* 4. *&* 5. quia solemnitas hæc extrinseca & de suo actu non de alieno nuncio creditur. Et confirmat Menoch. 2. *Præsumpt* 24 add. Sich. ad *L.* 8 *C. Quom & quan. iud. n.* 9. Ayrer. *d. P.* 1 *C.* 3 *Obs.* 2. *n.* 10. *& seqq. & Cap.* 4. *Obs.* 2. *n.* 15. *& seqq.* Scaccia *d C.* 32 *n.* 8 Vasq *d. C.* 24. *n.* 2. Atque hoc fine expeditum si in scriptis fiat citatio, ubi Iudicis subscriptione & sigillo munita sit oportet. Scaccia *d C.* 31. *n* 8. *& C. seq n* 2 Io Pels *Process Tit* 12. *n.* 128. Ast si verbo fiat, nunciusque sit ad quemlibet vocandum constitutus, idemque iuratus, qui & certo sæpe gestamine cognoscitur, merito fides ei habenda videtur, cum & vix facile in eum suspicio falsi cadat. Enimvero & ipse Iudex pro tribunali monere potest partem, ut hoc vel illo die ad iudicium veniat *L.* 2. *C Quom & quan. iud.* Quæ citatio & monitio Iudicis alia efficacior. De qua vide Mathesilon. ad *d. L.* 2. Maranta *h t. n.* 48 *& seq.* Ioan. de Arnono *Pract. iudic C.* 14. Meiand. *Com Camer. P.* 2. *f.* 277. *& seqq.* Sed & si nuncius citet, præsente & mandante Iudice, perinde est ac si Iudex ipse citasset, ac effectus idem, quia non refert, an ore proprio moneat Iudex, an per alium Corset. *Singul.* 36.

16) Ita & Don. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 13. *& ad L. vinum* 21. *de reb. cred. n.* 3. Ac Balduin. in *not. ad L.* 15.

vocationem transigi solitam declarant [17] sportulæ, quas illi conventionis idest vocationis in ius nomine a reo exigere solebant. Non enim exigerent, nisi publica opera, & quam defugere non liceret in ea re uterentur. De his est in *§. tripli. Inst. de act.* Adiri autem solitum prius magistratum, eiusque auctoritatem in ea re præcessisse liquido probant hi loci duo *L. cum proponas, C. de bon. aut. iud. possid.* & *L. diffamari, C. de ingenuis manumiss.* argumenta in scriptis Ulpiani, & Paoli hæc sunt, Ulpianus in *L. si quis ex aliena, 5. D. de re iudic.* scribit, eum qui ex aliena iurisdictione in ius vocatus sit ad prætorem, venire debere. Vocati enim esse *non contemnere auctoritatem prætoris*. Prius ergo hæc [18] auctoritas in vocatione intervenerat. Paulus in *L. 2. D. si quis in ius vocat. non ierit.* scribit: si quis in ius vocatus ad prætorem, vel alios qui iurisdictioni præsunt, non venerit ex caussa a competente iudice multa pro iurisdictione iudicis damnari. Deliquit igitur, qui non venit, cum non sit pœna nisi delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de V. S.* Nec potest delictum esse, nisi in eo, quod magistratus vocantis auctoritatem contempsit. Et hoc etiam [19] ritu nostra ætate fere passim utimur.

VII.

15. *h. tit.* Iustiniani tempore exolevisse ignominiosam illam ductionem. Modestius publica auctoritate missos viatores, qui in ius vocarent. Ac Coras. *ad L. 6. §. 1. de Rer. div. n. 12. & ad § pœnales 12. Inst de act. n. 7. in fin.* fine apparitore neminem vocari posse per *L. ult. C. de exhib. reis.* Et faciunt *LL. citata lit. præced. initio.* Ac tempore Valentis ac Theodosii illum morem sublatum fuisse, per *d. L. ult.* censet Andr Scheffer. *Part 1. Q. 35. n. 8.* Verum Vult. *1. Disser. 1. pag. 23* violentam tractionem Iustiniani quoque tempore in usu fuisse. Quæ enim alias ratio compositoribus iuris, ut Pandectas referrent, quæ ab usu recesserant Certo autem iudicum numero constituto *Nov. 82.* paulatim illam desiisse & defunctam putat, vel lege alicuius Imperatoris posterioris sublatam. Plane tempore mediæ Iurisprudentiæ quandoque viatores adhibitos una, ut non negandum; ita tunc necessarium fuisse probari vix potest vid Rob 3. *Sent. 1.* Vult. *d C. 1. pag. 17.* qui viatoris ministerium rarius fuisse usurpatum ostendit. Enimvero & prisco quoque iure etsi sua auctoritate trahebat actor venire nolentem, nec satisdantem; Priusquam tamen vocaret, adeundus prætor libello dato, ut vadari reum liceret, id est, ita vocare, ut ni vadibus satisdaret; antestatione prævia, manus iniectione ad Prætorem duceretur. Quod satis constat ex Plauto *in Aulular. 2. Sc. 4.* ubi Euclio dicitur postulasse a prætore ut sibi liceret milvium vadari. Et in *Curcul. 1. Scena 3. initio.* Horat. *1. Satyr. 9.*

. . . . . . *Casu tunc respondere vadato,*
Debebat . . . .

Atque ex eaossa prætor vadimonia differebat. Cic. *pro Quintio.* Plin. *Lib. 7. C. 53.* Iuvenal. *Sat. 3.* Eoque libello subnotato a prætore veniebat ad reum acturus & antestabatur &c vid. Pollet. *9. Hist. fori 1.* Ræv. *ad LL. 12. tab. Cap. 5. pag. 29.* Hot. *ad §. 15. Inst. de act enunc. 2.* Atque hinc locis hic a nostro citatis & obiectis Roberti aliorumque relatorum *supra N. 14.* initio satis commode occurri potest.

17) De quibus ut & de sportulis iudicum, ratione item appellationis, aliisque id genus vid. *tit. C. de sportulis L. 22. §. 1. C. de prox sacr. scrin. Lib. 12 tit. 19. L. ul. §. ult. C. de priv. schol. Lib 12. t. 30. L. ult. §. 2. & 3. C de re milit. Nov 8. N 17. C. 3. N. 82. C 7. & 9. N. 123. C. 28. & N. 124. C. 3.* Cuiac. *12. Obs. 22. & in Nov. 53. p. m. 191. & in N 82.* Alc *3. Dispunct. 17.* Coras. *in d. §. tripli 24. n. 4. & 5.* Vult. *in § omnes 21. (ipso 19.) & seqq. Inst. de act. n. 15. & seqq.* Broidæ. *in Supplem. Hist. fori* Polletti *Lib. 5. C. 11.* Langlæ *6. Semestr. 2.* Fopp. ab Æzema *1. Dissert. 23.* Parlador. *2. Rer Quotid. C. fin. P. 6 LL. unico.* Io. Garsia Galleeus de *Expensis C. 21. n. 11. & seqq.* Cojer. *de Process p. 3. C. 9. n. 152. &c.* Quod a pauperibus sportulæ non exigendæ Tiraq *de Nobil C 29. n. 40* Myns *4 Obs. 97. n. 5.*

18) Ad hoc Resp. Vult. *1. Diss. 1. p. 17 & seq.* ut contempta videatur auctoritas magistratus, sufficere album ab no propositum, etsi vocatio facta a privato, iure permittente. Verum & olim aditum libello prætorem verius videtur ut *h. C. N. 16.* Utut sit hodie constat iudicem actoris libello adeundum, quo Processum sibi decerni atque adversarium citari petat. Quæ supplicatio pro extrahendo processu nostris usurpatur. In qua substantialia requisita exquisite contineri oportet Blarer. *in L. diffamari, C. 5. n. 4.* Ut uno omisso vitio laboret, & processus denegetur Meland. *Comm. Camer. 2. initio n. 1.* post Gail. & alios. Ut & si ex eo constet actionem non competere Vult. *ad pr. Inst. de act. n. 56.* Et differt hæc x libello vero, quod etsi utrque controversia exponatur, hæc tamen merita caussæ non deducit, sed summariam recensitionem controversiæ habet, petitione subnexa. Obtentaque citatione nullius deinde est effectus Meland. *d. loc.* Quo faciunt quæ habet Iac Schult. *Obs. forensi 2.* Et quoque salutares clausulæ libello adiici solitæ frustra accedunt Gail *1. Obs. 61. n. 12* Iac. Schult. *Observ. forensi n. 16.* De quo libello apte concipiendo &c. fuse P. Frider *Lib. 1. de processib. extrahendis* add. Obrec. *Concip. libell. C. 4.* (ubi *n. 4.* plerisque locis hodie ex simplici actoris petitione reum citari) Speckhan. *Cent. 2. Cl. 4. Q. 9. n. 2.* generaliter quidem, ast diserte explicare caussam controversiæ inseri debere. Et sine hac, vel sine instantia ac petitione partis, emissa motu iudicis proprio Citatio nullius momenti per *L. 68. v. petat. de iudic. L. ult. ibi postulante C. de bon. aut. iud C. 1. v. petisset extr. de iudic. auth. qui semel* verbis: *reo postulante C. Quom & quan. iud.* ubi Sich. *n. 14. & ad L. 2. C. d. t. n. 1.* Bover. *Sing. 9 n. 1.* Maranta *h. t. n 115.* Vant. *Tit. de Nullis. ex def. Citat. n. 44.* Gail. *1. Obs. 50. n. 3. & seqq.* Menoch. *2. Præsumt. 23.* (ubi an & quando ad instantism facta præsumatur) Scaccia *1. de Iudic. 32. n. 12.* Ayrer. *p 1. Cap 3. Obs. 2. n. 27.* Lanc Conrad. *de Off prat. in causs. civil. v. Citatio n. 4* Frider. *1. de Process 1. n. 6.* Ubi *n 8.* exceptiones quatuor refert. Et duobus modis hanc regulam extendit, deinde 6. modis limitat Speckhan fusius tractans, *Cent. 2 cl. 4. Q. 8.* quem adi ut & Meland. *Comm. Camer. Part. 2. f. 279.*

19) Qui si non servetur, Citatio nulla. Veluti si quis Citationem parti per notarium Cameræ non immatricolatum insinuari curet, Meland. *Com. Camer. P. 2. Membr. 17.* post Myns. *1. Obs 78.* Tametsi & privato, adeoque ipsi parti Citationem a iudice committi posse censeat Maranta *h. t. n. 44. & seqq.* Monach. *Pract. P. 3. C. 3. n. 4.* Scaccia *1. de Iudic. 45. n. 11.* Ubi *n. 8* in Romana Curia ab auditoribus Rotæ dirigi Citationes universis abbatibus &c. clericis & notariis &c. ut quilibet tabellio eas exsequi possit. Cæterum ut hodie valida sit Citatio spectatur eius tum conceptio. Cuius requisita perstrinxi *supra N. 13.* Quodque debeat fieri in forma solita & clausulis consuetis, iuxta stilum Curiæ, alias suspecta, vid. Vant. *Tit. de Nullit. ex def. Cit. n. 75. ac seqq* Ac licet voce etiam viatoris, ad iussum iudicis fieri possit, per *L. 49. §. 1. de rec. arb.* certis tamen casibus scriptura necessaria. Quos 5. recenset Scaccia *1. de iudic. 33. n. & seqq* Maranta *h. t. n. 75. & seqq.* & Asin. *§. 6. C. 7* Præcipui hi: (1) in iudice delegato, ut *h. C. N 8.* (2) in Citatione ad domum ut *h. C. N. 5.* (3) in persona illustri vel clarissima, *L. quoties 17. C. de dignit. Lib 12. t. 1.* Scaccia *d. n. 3.* Asin. *d. L. 7.* Mar. *h. t. n. 76.* uti & Episcopo & Cardinali, Ant. Del Re *de Iuram. cal. C. 15. n. 351. & seqq.* Hinc Nobiles itemque Doctores scriptis, non verbo vocari debere receptum est. Guido Pap. *Sing. 82. n. 7.* Corset. *Sing. 53.* Tiraq. *de Nobil. C. 20. n. 187.*
Hart.

Digitized by Google

VII. Persona non quævis idonea, quæ in ius vocetur, ut quidem qui vocatur, cogatur parere. Omnes vocari possunt nisi si quæ excipiantur. Exceptæ sunt autem certæ quædam edicto prætoris de in ius vocando. Et quod de his observare liceat, earum ille duos ordines fecit. Unus est eorum, quos pro tempore in totum vocari vetat. In quo numero excepit magistratus populi Romani qui [20] annui erant: item eos qui necessatio aliquo detinentur, quo minus id honeste omittere possint: ut sunt: qui uxorem ducit, quæ nubit, qui funus familiare prosequitur, & alii nonnulli, qui enumerantur in [21] *L. 2. 3. 4. D. de in ius voc.* quibus in locis

Hart. Hartm. *Miss. Obs. C.* 1. *Obs.* 4. *n.* 3. Rosbach. *Tit.* 23. *n.* 3. tom expeditio, Quæ continet insinuationem, vel ut vulgo executionem, quæ vel ab ipso iudice fit, sed rarius, nec fere nisi iudicio adsit is quem alius citari petit ut *h. C. N.* 15. vel a viatore, eove cui iudex commisit. De cuius insinuationis modo & quomodo primum persona perquirenda, ea non inventa quid servandum &c. quia abrumpere oportet, remitto ad Gail. 1. *Obs.* 54 & *seqq.* Mynsing. 1. *Obs.* 77. & 2. *seqq* 3. *Obs.* 90. 4. *Obs.* 54. 5. *Obser.* 51. & 6. *Obs.* 10. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *f.* 281. & *seqq.* Pet. Greg. 48. *Synt. n.* 20. & 2. *seqq.* Blater. *in L. diffamari C.* 6 *n.* 107. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 2. Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Præfat. n.* 103. & *seqq.* exacte Sigis. Scacc. *Lib.* 1. *de Iud. causs. civ. crim. &c. C.* 45. & relationem executoris. Cum enim facti sit Citatio regulariter non præsumitur, Menoch. 2. *Præsumpt.* 22. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 7. quo die insinuaverit, quid citatus responderit, per *L.* 5. §. 1. *Quib. ex causs. in poss. Ord. Cam. P.* 1. *tit.* 38. item quem modum executionis secutus sit, an ipsum citaverit reum, an eo perquisito nec invento ad domum &c. De quo fuse Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 48. Asin. *Praxi* §. 9. Marant. *h. t. n.* 54. & *n.* 227. Lanc. *d. C.* 4 *Præfat. n.* 125. & *seqq.* Demhuder *Praxi civ. C.* 63. Et hæc relatio in actis consignanda ut de ea appareat, Gail. 1. *Obs.* 54. *n.* 7. Quod tamen & actuarius absente iudice expedire potest, Myns. 6. *Obs.* 10. *n* 10. Scacc. *d. C.* 48. *n.* 18. Atque huic relationi nuncii plerumque creditur, cumprimis quoad ea quæ ipsi commissa, haud æque de aliis, ut si dicat citatum in se iniurium fuisse & contumeliosum. De quo vid. Tiraq. *de Retr. lig* §. 8. *Gl.* 9. Menoch. *Cas.* 112. & *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 92. & *seqq.* & 2. *Præsumpt.* 25. *ac seq.* Iacob. de Atena *Tr. de Banitis n.* 13. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 24. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. QQ.* 133. *n.* 10. Blater. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 50. & *C.* 6. *n.* 106 & *seqq.* Asin. *de Exsec.* §. 7 *C.* 279. *n.* 9. & 10. ac fuse *Praxi* §. 9. *C.* 2. & *seqq.* Gail. 1. *Obs.* 54. Myns. 6. *Obs.* 10. Marant. *h. t. n.* 23. Ayret. *Process. p.* 1. *C.* 4. *Obs.* 2. & alii. In Gallia non credi nisi testes adhibiti, P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 8. Ast iure Saxonico Landr. *Lib.* 1. *Art.* 8. relatio nuncii vim habet duorum testium, Monach. *Pract. p.* 3. *C.* 8. *n.* 10.

20) Secus in perpetuis item municipalibus, & minoribus quoque Romanis vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 4. *n.* 24. *N.* 21. & *C.* 5. *N.* 5. Nam & in *d. L.* 2. vocula *caeteri* non tam coniungit quam interpretatur, Charund. *de Iurisd. n.* 15. Et ratio huius iuris, non in violenta manus iniectione olim frequenti, de qua *supra* ut A. Fab. *ad d. L.* 2. Potuisset enim ipsa vocatio relinqui, restricta illa violentia, sed quia eo tempore nec conveniri possunt ut *d. C.* 5. *n.* 8. Idem ius statuit Zas. *ad d. L.* 2. *n* 3 in decurionibus civitatum superiorem non profitentium, si ad tempus electi. Aliud autem si, durante licet magistratu, citetur ad diem finiti officii, Zas. *ibid.* & Costal. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 7. *n.* 6. Item si gravius deliquerit in officio ut *d. C.* 5. *N.* 5. & fac. *Nov.* 8. *C.* 11. *N.* 86. *C.* 4. Zas. *d. loc.* Duar. *h. t. C.* 3. helle Speckh. *d. Q.* 7. *n.* 0. & 10. Moribus nostris quia magistratus fere perpetui, cessat quidem omnimoda exemptio, Duar. *d. C.* 3 *per L.* 2. *C. Ubi Sen. vel clar.* Trentac. *Lib.* 2. *Pr. Resol. Tit. de Citat. Resol.* 1. *n.* 5. Ast venia impetranda ab actore, cum parentum loco sint, *Nov.* 8. *C.* 8. & *C.* 10 §. 2. Fac. *L.* 2. *ibi quoties C. Ubi Senat. vel clar.* & *per L.* 13. *h. t.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 41. *p.* 37. Speckhan *Cent.* 1. *Q.* 54 *n.* 5. Wes. *Par. h. t. n.* 6. Sneidviu. *in* §. *pænales* 21. *Inst. de act. n.* 44. Diss. A. Fab. *ad L.* 13. *h. t.*

21] Quia vero *d. L.* 2. in singulis partibus variantes passa est interpretationes, eas excutere singulatim libet. Ait Ulpian. NEC (vocari oportet) *Pontificem dum sacra facit.* Hunc Accursius & veteres exponunt Episcopum, aut Sacerdotem dum missam canit. Quod ceu a mente auctoris Ulpiani alienum merito notat Coras. 1. *Misc.* 10. *n.* 3. cum Ulpianus capita Christianæ religionis nesciverit, eiusdem infensus hostis, teste Lactent. *Lib.* 5. *Instit. Cap.* 11. Forcat. *L.* 1. *de Gallor. imperio & philos. p.* 59. Cuius vestigium exstare volunt in *L.* 1. §. 2. *de extr. cogn.* Ubi per verbum *impostorum* (pro quo Alciat. 2. *Pareg.* 23. reposuit *in posterum* nullo sensu, nulla ratione, ait A. Gent. *ad T.* 4 *C. de malef. & mathem.*) item *exorcizavit* Christianos perstringi censet Goth *ibid* Duar. *L.* 1. *de SS. Eccles. minist. C.* 14. Borch. *de Feud.* 6. 5. *n.* 14 Io. Georg. Gœdelman. *Lib.* 1. *de Magis C.* 6. *n.* 24. Et de cultu gentilium sacrorum Ulpianus loquitur ac Pontificibus Romanis qui sacris & cærimoniis præerant, vid. Cicer. *pro domo* & 2. *de LL.* Valer. *Lib.* 2. *C.* 2. Halicarn. *Lib.* 2. Quorum item auctoritas magna in actionibus & iudiciis dandis *L.* 2. §. 6. vers. *omnium de O. I.* vid. Coras. *ad d.* §. 6. *n.* 12. & *seqq.* Briss. 1. *Antiq. ult.* Obrecht. *de Concep. libell. C.* 7. *n.* 8. & *seqq.* Qui primitus a Numa Pompilio instituti quatuor eisque præfectus Pontifex Max. cuius officium describit Liv. *Lib.* 1. add. Plutarch. *in Numa* postea alii adiecti vid. Coras. *d. C.* 10. *n.* 13. Quos Varro 4. *de Ling. Lat. a ponte & facio* dictos scribit, quia ab illis pons sublicius, totus ligneus, & sacer æstimatus, exstructus & pluries refectus. Atqui is Tiberi sub Anco Martio, qui 33. annis post Numam regnare cœpit, impositus scribitur, Hahe. *Lib.* 3. Quare aut generatim a cura conficiendorum reficiendorumque pontium ea appellatio, quod sacris illi inservirent, & ut qui cis ac trans Tiberim habitarent commodius in templa Deorum convenirent ut ex Onuph. Panvinio *in Civit. Romana f.* 129. & *seqq.* Ellychnius Gottlieb. *Lib.* 1. *de Mentib. Pictor. Romanens. C.* 1. Aut rectius etymon Q. Mutii Scævolæ teste Fenestrella *Lib.* 1. *a posse & facere*, Gilb. Reg. 1. *Enant.* 28. Forcat. *Lib.* 6. *de Gallorum imperio & philosoph. pag.* 866. Non quia maxima eorum potestas, iuxta vulgarem sensum verbi *facere*, ut Coras. *d n.* 13 sed quia *facere* apud Plaut. Cic. Virgil. &c. aliosque passim est sacrificare. Sane ex mente Iustiniani doctrina Accursii obtinet. Cum & de quibusvis Clericis ita cautum sit *L. omnes* 33. *pr. L. de Episc. & Cler. &c.* Hinc *Lib.* 2. *Paratitlor. antiquor.* edit. a Leunclav. ita citatur hæc lex: In ius vocare Sacerdotem non oportet, dum sacerdotale munus obit. &c. Nec eos qui propter loci religionem se movere non possunt. Ita & legitur *d. Lib.* 2. *Paratl. tit.* 2. Etsi Ræv. 1. *Var.* 6. legat *semoveri* intelligens eos qui ad aras Deorum vel asylum confugiunt. Unde loci religione semoveri, id est, inviti abduci & in ius rapi nequeant, Cic. *Orat. pro domo* Plaut. *Rudente Act.* 3. *Sc.* 2. Sed notatur a Cuiac. 13. *Obs.* 29. (cuius rationes percenset Goth. ad *d. L* 2.) & Elb. Leonin. *Lib.* 1 *Emend. C.* 20 *n.* 2. & 3. Quia, ait, etsi asyla fuerunt perfugia ad securitatem, non tamen hic de ea agitur delinquentium securitate, qui ad pœnam evitandam aram asylumve occupant, sed qui ob religionis dedicationem commorari loco aliquo tenentur ut olim Flamines Diales, Virgines Vestales & qui sacerdotium ita nacti ut discedere nequeant ut *L.* 13. *de muner.* Qui nec si velint inde abire possunt, cum qui ad asylum confugerunt, possint Et de Vestalibus quoque Ulpianum exaudit Zas. ad *d. L.* 2. *n.* 13. & *in Par. h. t. n.* 4. qui & templorum custodes intelligi posse, de quibus *L. annua* 20. §. 1. *de ann. leg.* Marcus Lyckiama 7. *Membran.* 22. de talibus exponit quales apud Gallos etiamnum tempore Ulpiani Druidæ fuerint, propter nemorum, lucorumque quos incolebant religionem. Marq Freher. 2. *Parerg.* 18. nullos alios intelligi quam qui sacris interessent. Quibus ante discedere fas non erat, quam cærimoniis omnibus peractis sacerdos succlamaret illud I. LICET. De quo confer Taubman. *Epidico Plauti* 5. *Sc.* 2. Quod placet Eberhardo Speckan. *Cent.* 2 *Cl.* 4. *Q.* 5. *n.* 7. displicet Leonino *d C.* 20 *n.* 4 quod Ulpianus separatim duobus articulis tractet de sacra faciente, & iis qui loco se movere nequeunt. Quodque loquatur de iis qui perpetuo excusantur. Accedit quod hæc L. tota non ad locum

cis & de toto hoc ordine comprehensum est. Alter [22] ordo est eorum, quos concedit quidem in ius vocari, sed non aliter quam permissu suo: quo in numero ha-

cum relata, unde vocari invitum non licet, alias addidisset Ulpianus *vel de domo sua*; sed tractat de personis & tempore quo non licet. Cuiac. *d. C.* 29. Accurs. & DD. antiqui Monachos & Eremitas exponunt. Quibus suffragatur *Synopsis Basilic. Lib.* 7. *tit* 8 ubi Græc. verbum *ἀναχωρεῖν*, unde Anachoreta Speckhan. *d. Q.* 5. *n.* 5. itemque Græc scholion quod refert Leunclav. *Lib.* 2. *Notat. C.* 9. Neque hoc inconveniens menti Iustiniani, cum is monachorum caussas, non nisi per abbates apud episcopos agitari velit *Nov* 79. *C.* 1. ideoque ipsi Monachi non citandi. Nec dicendum hæc verba Triboniani esse ut Duar. *h. t. C.* 3. de monachis idem accipiens. *Sed nec eum qui equo publico in caussa publica transvehatur.* Quis hic? Accurs. & congeneres præconem interpretantur missum ut publice decreta proclamat Unde Bart. *hic n.* se vigore huius legis præconem ob æs alienum captum liberasse. Budæ. & Zas *hic n.* 16 ac Arn. ab Haersolte *Act.* 8. *n.* 10. *& seq* Transvectionem equitum intelligit a Fabio Max. institutam, quæ fiebat Idibus Iulii per Urbem, de qua Liv. *Lib.* 9. *in fi.* Valer *Lib.* 2. *C.* 2. Trabeatos ait, equites Idibus Iulii Q. Fabius transvehi instituit. Et paulo post equitum probationem vocat. Quam transvectionem Augustus diu intermissam reduxit, nec detrahi quenquam in transvehendo ab accusatore passus est, Sueton. *in Octav. C.* 38. Hæc enim fieret ab æde Honoris vel, ut alii, Castoris, in Capitolium, Plin vel Cornel. Nepos *Lib. de Viris illustr.* & Halic. *πομπὴν τῶν ἐχόντων ἵππον δημόσιον* vocans inde Ræv. 2. *Var.* 15. & Cuiac. 13. *Obs.* 29. *ac* 21. *Obs.* 9. *& ad L.* 48. *de V. S.* pro *in caussa publica* reponunt *in Capitolium*. Et notis deceptum Tribon. putat Rævardus dum scriptum ita IN CAP. acceperit ac si esset IN CA P. Hot. *Obs.* 21. legit: *in cursu publico* ad eam transvectionem referens, de qua Plutarch. *in Pompeio* & Fest. *Lib.* 3. *&* 8. cum ad Censores in foro curuli insidentes Equites Romani post militiæ stipendia transirent, rationem militiæ, quibus sub ducibus meruerint, curationis item equorum illis reddentes. Unde censebantur, & si quis equum parum nitidum habere visus erat, impolitiæ notabatur Agell 4. *Noct.* 12. Sed hos notat ac receptam scripturam tuetur Perrenon. 1. *Animadv.* 17 Et immo tempore Ulpiani utraque illa transvectio exoleverat. Quin diu ante equitibus non equus de publico amplius præstabatur, uti primitus equitum nomen in turmis equorum publicorum subsistebat, Plin *Lib.* 33. *C.* 1. sed proprio, maiore in pecunia stipendio accepto, vehebantur, Coras. 1. *Misc.* 11. *n.* 3. Qui de veredario locum accipit, quem Cic. *pro Quint.* volucrem nuncium, vulgo *einen Postreiter* vocamus. Nam & olim equi sumptu publico alebantur, ut si quid subiti negocii incidisset, illis subinde mutatis, cito nuncius veheretur. Qui equi veredi dicti *L. ultim* §. 21. *de muner* Coras *d. loc. n.* 4. Et ita quoque Mynsing. *in Addit.* ad Zas. *hic lit. B.* & Hennequin *in not.* ad Accursium *hic*. Et convenit versio Græca *τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ἐλαύνοντα, τῷ δημοσίῳ δρόμῳ*. Ac confirmat Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 19. *n.* 4. *ex tit. Cod. de Cursu publ. Lib.* 12. *t.* 51. Legibus enim cautum erat ne cui iter facere fas esset, sine evectionis diplomate, seu Principis permissu ut d. *tit. passim*. Cuiusmodi codicilli denotantur per diploma in *l.* 137. §. 2. *de V. O.* ac Don. *ibid.* n. 10. & huc accommodat Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 6. *n.* 5. Recte Marq. Freher 2. *Paregr.* 18. Leonin. 1. *Emend.* 20. *n.* 6. *&* 9. Transvectionem hanc latius accipiunt de omni, qui ob publicam caussam equo publico, seu veredo vehitur, magistratus sit, an privatus; civis an peregrinus; & legatus forte vel evocatus; sive evocatus ad Principem iter faciat, sive ab eo dimissus discesserit. Sive ea caussa recognoscendi exercitus sive alia quacunque publica. Neque enim solemnitatem transvectionis respicit Ulpianus sed ex generali ratione generaliter definit. Neque tam equus ipse hic præbet excusationem, quam caussa publica, cui is subservit. Unde quin idem ad recensitionem & recognitionem equitum ad militiam hodie frequentatam, vulgo die *Musterung*, trahi possit vix dubium est, Old *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 38. Confer de equo publico Sigon. 2. *Emend.* 68. *Nec qui uxorem ducat aut eam qua nubat.* Neque enim in ea festivitate vexari & molestari convenit, Old. *d. Act.* 4. *pag.* 38. Hinc nostri, nec eum qui Docturæ insignibus decoratur durante pompa, Zas. *hic & in Par. h. t. n.* 6. Rosbach. *Process. tit.* 6. *n.* 9. Monach. *p.* 3. *C.* 3. *n.* 13. Quid in iis qui Nuptiis intersunt? Sunt qui nec hos posse citari arg. *L.* 3. *h. t.* ut quod ibi commiseratio, hic communio gaudii efficiat, ilico Umm *Disp. Process.* 5. *Th* 6. *n.* 29. Puto necessitatem statim sequendi ad iudicem his merito remitti. Ast quin denunciari vel inter epulas possit, ut ad alium diem se iudicio sistant vix est quod impediat, etsi novi nupti ab hoc quoque immunes sint. *Nec dum quis apud Prætorem, caussam agit*, nisi ad maius auditorium vocetur, per *L.* 54. §. 1. *de re iud.* id est, ad prætorium Principis, (etsi aliter exponat Donellus *in Commentar. eiusd. L.* 54. §. 1. Conter. Gu. Pap. *Q.* 276. Et hunc necessitas excusat *L.* 4. *pr. h. tit.* Unde Bart. & alii hoc ad carceratum extendunt & Cuiac. 7. *Obs.* 16. ac Gœdd. *ad L.* 48. *de V. S. n.* 1. compeditum ac vinctum nec sequi nec duci posse antequam solvatur. Sane ea hac caussa restitutio in integrum datur, vid. *supra Lib.* 21. *C.* 5. *n.* 13. *N.* 8. Ast citari posse ut Procuratorem mittat vult Ias. *in d. L.* 2. *n.* 10. Vide sis Coler. *ad C* 1. *&c. dilecti* 8. *de Excep. n.* 33. *Neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem.* Hic quoque Accursius fluctuat, notans aliis libris legi *iusta* exponens obsequia: ut lavare corpus, aliis *busta*, id est, combustiones, quasi vestigium hic sit moris comburendi cadavera. Sed recte *iusta* hic & *L.* 20. §. 1. *de acq. her.* Zas. *in d. L* 2. *n* 38. Quo significantur exsequiæ & funerum ritus, Coras. 1. *Misc.* 12. Iac. Concenat. *Lib.* 2. *Q. C.* 9. *n.* 41. Operitiones item, ac feriæ denicales Cuiac. 13. *Ob.* 29. (qui & apud Ovid. 4. *Trist* & Statium *Lib.* 6. pro *busta iusta* reponit Quod tamen necesse non est.) Hinc funesta familia a tempore mortis *L.* 28. §. *ult. de stip. serv.* ubi Goth. Varr. 4. *de Ling. Lat.* Cuiac. 6. *Observ.* 31. De quibus exsequiis, parentalibus & festis feralibus consulat harum rerum avidus præter citatos supra *Lib.* 4. *C.* 1. *N.* 4. *& seq* Coras. *d. C.* 12. Rævar. 5. *Var.* 3. Chassanæ. *Catal. gloria mundi Pag.* 2. *Consid.* 5. *& seq.* P. Venderan. *de Privileg credit. O.* 3. Lipsi. 1. *Elect.* 6. Marq Freher. 1 *Pareg.* 23. Turneb. *in* 2. Cic. *de LL.* Goth. *ad Pragm* 12. *sub* Io. Meurs. *Lib. sing de funere* Io. Kirchmann, *Lib.* 4. *de Funeribus*. Plane a Novendialibus feriis, dictis non tam quod novem dies celebrarentur, quam quod nono post mortem die completis ad tumulum solemnibus funeri suis fieret, Kirchm. *Lib.* 4. *de Funer C.* 1. ortum idem traxisse putat, quod heredes & propinqui intra 9. dies inquietari & in iudicium vocari vetantur. *Nov.* 115. *C. C.* 5. ubi Goth. Zas *ad d. L.* 2. *n* 34. Quorum in locum moribus patriis suffecti 30 dies iuxta gl. Landr. *Lib.* 1. *Art.* 22. Qua de re post alios And. Scheffer *Q. pract.* 3. *p.* 1. istud declarans & restringens, quem adi. In Gallia 40. dies teste Chassanæ, *d. Consid.* 5. Sicut & Græci hodie ceu ea *Turco-Græcia* Martin. Crusii refert Phil. Camerar 1. *Op succisiv.* 10. trina recordatione mortuis iusta persolvunt. Tertia die, qua faciei agnitio perditur: Nona qua totum corpus diffluit præter cor, & Quadragesima qua ipsum cor perit. Alii autem respici eo volunt ad Servatoris Resurrectionem, Apparitionem & Adscensionem &c. *Vel qui cadaver prosequuntur L.* 3. *h. tit* id est, qui funus comitantur, ut recte Bart. & Old. *Cl.* 1 *Act* 4 *p.* 38. etsi diff. Coras. 1. *Misc.* 12. *n.* 8. quia *Nov.* 115. *C.* 5. de solis consanguineis loquitur. Sed longe alia ratio. Hic de vocatione sermo est ipso tempore quo fiunt exsequiæ, unde avocari quemcunque incivile est. Quo facit quod Rævar. *ad L.* 138. *de R. I.* differre hæc: Facit, ait, funus qui indictum pompa funebri præcedente ducit. Iusta facit qui sacrificio rite peracto glebam inicit: Exsequitur funus, seu exsequias frequentat, qui cadaver, seu funus sequitur. Cæterum *d. L.* 3. refellit putantes *cadavera* tantum dici bestiarum, non hominum, vid. Ioseph. Castalio *Decade* 10. *Observ. in Critices C.* 8. Subditur *L.* 4. *h. tit. Nec furiosos vel infantes.* Sed eorum tutores vel curatores Pupillus maior infante etsi ipse citari possit, non tamen solus sed cum tutore, & si is desit, coniuncti citandi. De quo vid. Tiraq. *de retr. lignag.* §. 1. *gl.* 13. *n.* 16. *& seq.* Pinel. *ad L.* 1. *C. de bon. mat. p.* 2. *n.* 67. Myns. 2. *Obs.* 35. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. In his autem qui iure civili vocari vetantur quia pœna LL. definita non est (uti in iis qui iure prætorio in *N. seq.*) Iudex pro arbitrio eam statuit, Hærsolte in *Adversariis Act.* 29. *n.* 12. Sneidw. *in* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 34. Old. *Cl.* 1. *Act.* 4.

22) Quod ius cum in multis dubietates habeat, strictum exponemus. Generaliter autem sine venia non vocandi quibus

Digitized by Google

habet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæve, de quibus in *L.* 4. & seqq. *D. de in ius voc.* Adde & alios nonnullos, de quibus est

bus reverentia præstanda est *L. generaliter* 13. *h. tit.* Hoc autem nec nimis late accipi convenit de quibusvis honorationibus. Quomodo Tiraq. *Præfat. de Iure primig. n.* 108. nec senes ita vocari iuxta *Gl. d. L.* 13. Nec nimis stricte de ea reverentia quæ iuris necessitate debetur ut Duar. *ad h. t. C.* 4 Sed quæ naturali ratione debetur *L.* 3. *C. h. t.* non communi aliqua, ex qua senibus honor habendus, de quo præter alios A. de Guev. *Horol. Princip. Lib.* 3. *C.* 19 & Beust. *ad L.* 15. *de iurei. n.* 13. sed propria & cui peculiari ea caussa coniunctionis, necessitudinis & beneficii accepti inter vocantem vocatumque locus est. Tales sunt (1). Parentes veri, *L.* 4. §. 1. utriusque sexus *d. L.* 4. §. 1. *D. L.* 3. *C. h. t.* etiam naturales *L.* 6. ut mater quæ vulgo concepit *L.* 4. §. *ult. L.* 5. & pater qui in servitute suscepit, libertate donatus *d.* §. *ult.* cuiuscunque gradus, cum parentes dicantur adscendentes in infinitum *d. L.* 4 § 2. *L.* 10. §. 9. *h. t.* etsi usque ad tritavum proprio vocabulo nominentur & ulteriores maiores appellentur *L.* 10. §. 7. *de gradib.* Ubi vocabulum *proprio* non opponitur *improprio* quasi ulteriores improprie parentes, sed *communi* ut idem significet quod speciale. Quasi dicat veri quidem sunt parentes & hi ulteriores, sed speciali nomine carent, quo tamen inferiores & ab illis & a se invicem distinguuntur Waltb 1. *Miss.* 10. Connan. 10. *Comm.* 1. *n.* 4. Pac. 1. Q. 63. Hennequin. *in not. ad* Accurs. *d.* §. 7. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. succes. C.* 8. Gœd. *ad L.* 51. *de V. S. n.* 3. *& ad L.* 56. §. 1. *n.* 7. Nec dicendum Iurisconsultis non convenisse, & discrimen *d.* §. 7. ex sententia Cassii *d.* §. 2. *d.* §. 9 sublatum esse ut Val. Forst. 4 *de success. intest.* 2. *n.* 9. Sane, ut nunc est ætas hominum vix est ut quisquam tritavum videat, nedum remotiorem. Atque hoc non ea potestatis iure descendit, sed ea obsequio & honore iure naturæ debito *L.* 2. *de Inst. & Iur.* Cuiac. 10. *Obs.* 10. Unde filio semper honesta & sancta persona patris *L.* 9. *de obseq. par.* ut & matris, cui pietas æqua debetur *L.* 4. *de Cur. fur. L.* 7. *ult. unde lib. L.* 1. §. 1. *&* 2. *de obseq. par.* Merito cum & Aristot. 9. *Ethic.* 2. parentibus exhibendum τιμὴν καθάπερ θεοῖς. Qui ut Plato *Dial.* 11. *de LL.* Deorum simulachra; ut Hierocles *Lib. de Offic. liberor.* Deorum imagines certissimas, εἰκόνας ἀξιολογώτατα. Et ut Cicer. *pro Plancio*. Parens non multo secus liberis, quam DEUS. Unde apud Pisidas iis ceu Diis filii libabant ut ex Stobæo *C.* 42. *& C.* 77. refert Forner. 1. *Select.* 14. vid. Henr. Steph. *in Iur. Civ. fontibus & rivis pag.* 12. *& seqq.* Gruter. *Discurs. ad Tacit. Par.* 1. & ex eo Ioan. Weitz. *in not. ad Adelph. Terentii Act* 1. *Sc.* 1. Etsi vero filii familias iure magis potestatis quam præcepto prætoris vocare non possint *L.* 8. *pr. D. L.* 3. *al. ult. C. h. tit.* male tamen sentiunt qui edictum hoc pertinere ad solos emancipatos, quasi de iis qui in potestate nulla sit quæstio, quia inter eos & parentes nulla lis. Mudæ. *ad* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 17. Hot. *ibid. Ennne.* 3. Duar. *h. t. C.* 4. Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 15. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 12. *n.* 11. Nam immo & ad filiosfamilias pertinet, non tantum si de castrensibus experiri velint *d. L.* 8. *pr.* in quibus sunt pro emancipatis; pietatis autem ratio in parentes etiam nobis constare debet *L.* 1. *pr. de obseq. par.* Sed & quoties de adventitiis illis iure actio contra patrem, ea manifesta scilicet dissipatione ut rationem reddat vel administrationem dimittat, Gœd. *de Contr. stip. L.* 7. *n.* 50.) Oldend. *Cl.* 1. *A.* 4. Q 4. Quibus item casibus liberis non quidem actio vera civilis, sed imploratio iudicis officii contra parentes qui in potestate habent, (ut cum dos vel alimenta petuntur, vid. supra *L.* 12. *C.* 4. *N.* 7. *& seqq. N.* 8 *& seqq.*) venia magistratus impetrata supplex rogatio sit, ut Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 25. Et quicunque tandem sint casus quibus filiofamilias in parentem petitio quæcunque de quibus Old. *d. Act.* 4. *in Practica pag.* 41 etsi in ea non sit loco patrisfamilias veniæ petitio necessaria Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n.* 5. Cuiac. 10. *Obs.* 10. Ut si nomine alieno agat. Nam cum ceu Procurator filius agit contra patrem, quia id voluntarium officium, veniam petendam vult Mudæ. *d. loc. n.* 20. Atqui & filiusfamilias Procurator dari potest *L.* 8. *in fin pr. de Procur.* Et ita Coras. *ad d.* §. 12. *n.* 9. filiumfamilias, quidem tutorem officii necessitate excusare *L.* 16. *h. t.* non autem Procuratorem filiumfamilias quia invitus non datur. Denique si filiusfamilias de facto sine venia in ius patrem vocet, etiam cum nulla illi actio, quidni, uti reverentia læsa est, ita pœnæ locus. Etsi id negat Loriot. de *Iur. arte Tr.* 3. *de Consanguin. Ax.* 32. quod vocatio nulla nullum operetur effectum & Mudæ. *d. n.* 17. quia ex actu nullo non committatur pœna, nisi ubi L. factum notat *L.* 13. § 4. *de his qui not. inf.* At immo, hic L. notat factum ipsum. Et vocatio quoque talis ab emancipato facta iure nulla est, & quæcunque contra edicti prohibitionem Petr. Barbosa ad *L. alia*, 54. *ipsi* 55. §. *eleganter* 1. *Sol. matr. n.* 3. Nec nullitate actus pœna vitatur, si is in delictum incidat *L.* 5. *viol. C. de sep. viol. etc.* Potestque pater & pœnam exigere & iudicium nullum dicere. Gilken post alios *ad L. ult. C. h. t. n.* 4. Licet Bover. *sing.* 9. *n.* 4. Citationem qualitate personæ expressa nullam esse, secus vero non expresso vitio. Quamvis autem in hoc filiofamilias pœnæ 50. aureorum locus non sit, (nisi tantum forte in castrensibus habeat, sive in quæ patri nihil iuris,) ne alias vel ipsum patrem pœna teneat, vel elusoria sit, si pater pro filio sibimet solvere teneretur, quin tamen ob irreverentiam istam quasi inofficiosus castigari possit via ambigendum arg. *L. ult. hoc tit.* (2) Parentes adoptivi *L.* 7. *h. t.* Duar. *ad hoc tit. C.* 4. Cuiac. 10. *Obs.* 10. etsi extraneus sit, qui in potestate adoptatum non habet ut recte, contra quosdam Forster 5. *de Success. intest. n.* 11. *&* 3. *seqq.* & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 36. non autem eiusdem parentes *d. L.* 7. ubi ratio. (3) Qui loco parentis ut Vitricus & Noverca. Quam nec mortuo marito a privigno, sine venia posse vocari contendit Cacheran. *Decis.* 35. multis hanc quæstionem tractans, subiicit tamen Senatum Pedemontanum contra pronunciasse ex communi opinione, quam post Eman. Soarez. sequitur Vult. 1. *Disp.* 1. *sub fin.* & Fachinæ. 10. *Contr.* 88. & de vitrico loquens Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 17. Ac sane furti actione vitricum & novercam teneri cautum est *L.* 3. *L.* 15. *L. de furt.* Pio Cacherano tamen cui Curt. Iun. ut & Fulgos. ac Ias. *ad L.* 1. *C. h. t. ref.* Gilken. *ibid. n.* 7. consentiunt & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. Q. 4. *n.* 6. est ratio generalis *d. L* 13. præsertim stante matrimonio Sed nec id nomen affinitatis intereat, mortua persona per quam contracta est, vis omnis divellitur, quod ad reverentiæ iura spectat. Tametsi Gilken. *in d. L.* 1. *n.* 8. *& seq* distinguit inter novercam quam stante solum matrimonio ita vocari negat, & vitricum quem semper posse asserit, eo quod dignitas viri ad uxorem transeat, non contra. Quæ ratio parum apta. Sic & Socer ac Socrus etiam dissoluta affinitate, per *L.* 15. §. *ult. L.* 56. *Sol. matr.* Sneidvin *in* §. *pœnales* 12. *Inst. I. de act n.* 40. Rosbach *tit.* 22. *n.* 9. Oldend. *d. n.* 6. *& in tabula actionum p.* 1148. Rosacorb. *Pract. forens. Cap.* 49. Aut. Del Re *de Iuram. calum. Cap.* 15. *n.* 78. Pater spiritualis, seu sacri fontis ut volunt Bover. *Sing.* 9. *n.* 3. Hipp. Riminald. *in L. ut vim* 3. *de Inst. & Iure n.* 261. Sneidvin. *in d.* §. 12. *n.* 42 Thadæ. Piso Soac. *ibid. n.* 8 Ant. Del Re *de Iuram. calum. Cap.* 15. *n.* 74. Bargal. 4. *de Dolo* 3. *n.* 15. & 12. rationibus firmat Speckhan. *Cent.* 1. Q. 52. Quod iure Canonico nimium huic cognationi tribuenti obtentu facile. Quia & de Parochis ac presbyteris, quos Patres iure Pontificio passim vocari legimus, idem adstruere tentat Ias. *in L.* 13. *h. t. n.* 3. ceu refert ac reprobat Ilico Ummius *Disp. Protess.* 5. *Th.* 7. *n.* 33. Item patria, quæ loco parentis *L.* 1. §. 15. *de ventr. in poss. mitt.* Sneidvin. *in d.* §. 12. *n.* 44. Arn. ab Haersolte *Act.* 9. *n.* 14. Mynf. 4. *Obs.* 92. *n.* 5. Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 80. Speckhan. *Cent.* 1. Q 53. Patria enim maior parens ut Varro & Cic. 1. *de Republ.* communis omnium parens Cic. *de Orat.* parens antiquissima ac sanctissima idem 9. *ad Attic. Epist.* cui maior quam parenti debetur gratia *idem* 1. *de Rep.* cui totos nos dedere & in qua nostra omnia ponere ac quasi conservare debemus, idem 2. *de LL.* Et ut Plato in *Critone* μητρός τε καὶ πατρὸς καὶ τῶν ἄλλων προγόνων ἁπάντων τιμιώτερόν ἐστι πατρὶς καὶ σεμνότερον, καὶ ἁγιώτερον Fac. *L.* 2. *de Inst. & iur. L.* 105. *Cap. pr. de L.* 3. *L.* 35 *de relig. & sumpt. fun.* Confr. Fr. Patrit. *Lib.* 6. *de Regno & Regis inst. T.* 5. P. Greg. *Lib* 39. *Syntax Art. mirab. Cap.* 32. Henr. Steph. *in Iur. civ. font. & rivis pag.* 25. *& seq.* Christ. Coler. *Parer. Cap.* 34. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 16. *n.* 14. *& seq* Tiraq. *L. Connub.* 7. *n.* 65. *ac seq.* & Princeps, Alex. *in* 13 *h. t.* Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 15. cui a subdito summam reverentiam deberi iuris necessitate quis neget. Curiosæ diligentiæ foret locos ex sacris, aliisque auctoribus congerere. Et Princeps bonus pater patriæ; ac omnium

com-

Digitized by Google

eſt in *L.* 1. & 2. *C. eod.* excipiendi iſtos ratio hæc fuit, quia vocati ſi contemne-

Tom VI.

communis Speckhan. 1. *Q.* 55. *n.* 22. Faciunt quæ in ſimili Gail. 1. *Obſ.* 88. *n.* 8. Chaſſanæ. *Catal gloria Mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 117. & Magiſtratus maiores, ut *not. tit. praced.* ac Fiſcus Mynſ. 5. *obſ.* 92. *n.* 5. *per L. bene a Zenone ibi niſi ex noſtra iuſſione Cod. de quadr. praſc.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 55. *n.* 20. *& ſeq.* Ant. Del Re *d. Cap.* 25. *n.* 81. *& ſeq.* Denique (de domino feudi poſt dicetur) Præceptor. Quem etſi ſine venia impune vocari vetat Duar. *h. t. Cap* 4. quod non neceſſitate legis et reverentia præſtetur, ſed ſuaſu honeſtatis. Etſi idem DD. communiter teſte Sneidvin. *in d.* §. 12. *n.* 4. inter verbalem quæ denunciatione, & realem quæ prehenſione fit, citationem diſtinguant, & ſequitur Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 53. *n.* 12. *& ſeq.* Alii tamen non temere contra nituntur Menoch. *Arb. Caſu* 500. Gomez *in Tauri* 83. *& ſinalem n.* 17. Rebuff *Privil. ſcholar.* 70. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 22. *n.* 12. Halbritter. *Orat. de privileg. Doctorum pag.* 343. Nam parenti adiungitos §. 5. *Inſt. Quib. ex cav. manum.* & Parens alter vocatur ab Imperatore Alexandro Ulpianus *L.* 4. *C. Locati*, & Auſonius a Theodoſio; ac dicitur *ſtilus* erudire *L.* 1. *C. de excuſat. artif. Lib.* 10. *tit.* 64. Unde Iuvenal. *Sat.* 7.

> *Dii maiorum umbris tenuem & ſine pondere terram*
> *Spirantesque crocos, & in urna perpetuum ver,*
> *Qui præceptorum ſancti voluere parentis*
> *eſſe loco . . . .*

Parens mentis, qui non eſſe, ſed bene eſſe tribuit; quod de Ariſtotele prædicabat Alexander Magnus, qui meliorem reddit *L.* 27. *de donat* quem ingratus eſt qui non inter gratiſſimas neceſſitudines diligit. Senec. 6. *de Benef.* 16. Confer Zoan. *Defenſ. tripart. P.* 1. *n.* 87. *& ſeqq.* Thomas Sagittar. *Exerc. Ethic. exoter.* 3. *Th.* 5 *pag.* 69. ubi tamen eos qui maiorem huic quam ipſi parenti honoris cultum deberi volunt argute refellit (4) Patronus & patrona *L.* 4. §. 1. *D. L.* 2. *C. h. t.* §. *ult. Inſt. de pœn. tem litig.* cuius perſona ſancta liberto *L.* 9. *de obſeq. par.* ſive vere ſit, ſive iure habeatur, ex ſententia vel iureiurando *L.* 8. §. 1. etſi qui iuravit non ſit patronus quoad ſucceſſionem *L.* 14. *de iure patron.* Ant. Fab. *ad d.* §. 1. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 11. *n.* 4. colluſione detecta *d.* §. 1. ſive ſponte manumiſit, ſive neceſſitate, ex lege venditionis, *L.* 10. *pr. &* §. 1. cauſſa fideicommiſſi *L.* 9. Ac etſi communis plurium libertus *L.* 23. *h. t.* Civitatis tamen libertus ſingulos cives in ius vocat *L.* 10. §. 4. *h. tit* *L.* 6. §. 1. *de reg. dim* Old. *Cl.* 1. *Act.* 4 *p.* 37. Loſæ. *de iure univerſit. p.* 1. *C.* 1. *n.* 21. Speckh *d. Q.* 11. *n.* 25. Etſi ius annulorum accepit *L.* 10. §. 3. *L. ult. de iur. aur. ann.* vid. ſupra *Lib.* 2. *C.* 10. *n.* 11. *N* 11. Etſi patronus capite minutus, vel etiam libertus arrogatus per obreptionem *d. L.* 10. § 2. ideſt, relata conditione libertinitatis A. Fab. *ibid.* Denique etſi alieno nomine vocetur, de quo, quia commune videtur, inferius. Excipitur. Niſi pro patrono non habeatur, veluti (1) ex ſententia vel iureiurando. *L.* 8. §. 1 *h.* (2) Si ad iuſiurandum libertum adegit, quo viduitatem ſibi indiceret *L.* 8. § *ult. h. L* 15. *de iur. patr.* perpetuam ſcilicet, ſecus ſi uſque ad pubertatem liberorum *L. pen Qui & a quib. man.* Speckhan. *d. Q.* 11. *n.* 22. (3) Si proſtituta liberta contra legem venditionis certo caſu, ut *L.* 10. §. 1. *h.* ubi vid. A. Fab. (4) Si natalibus Princeps reſtituit *L.* 10. §. 3. *h.* vid. *ſupra Lib.* 2. *C.* 10. *n.* 6. *& ſeqq. N.* 8. *& n.* 11. *ibid.* (5) Si patronus deportatus *L.* 10. §. 6. ita ſcilicet ut bonorum poſſeſſio non pateretur ut *L.* 14. §. *ult. de interd. & releg.* ut quæſtioni locus ſit, Ant. Fab. *ad d.* §. 6. (5) Perſonæ coniunctæ patrono: ut Parentes *L.* 4. § 1. utriuſque ſexus *L.* 10 §. 5 etiam adoptivi *L.* 10 § 7. cui non obſt. *L.* 7. quæ eſt de parentibus naturalibus patris adoptivi *d.* §. 7. vero de adoptivis veri patroni, dum durat adoptio *d* §. 7 quia vinculum hoc reverentiæ civilis eſt, Ant. Fab. *ibid* liberi *L* 4. § 1. utriuſque ſexus *L.* 10. §. 5. & ultra trinepotem *L.* 10. §. 0. *h.* etiam in adoptionem alii datus filius, & nepos ex eo *L.* 10. §. 8 non tamen adoptatus a filio emancipato, ibid. ubi vid Ant. Fab. Speckhan. *d. Q.* 11. *n.* 13. Ac & ſi qui patroni, idem libertæ in ius vocantis filius *L* 10. § 10. Cui reverentiam debet mater, non ut ſuo, ſed ut patroni filio Etiam in caſu quo patronus ipſe vocari poteſt, ubi filius innocens *L.* 8. §. *ult. h.* vid. *ſupra Lib.* 2. *Cap* 10. *n.* 6. *N.* 5. Exceptio; Niſi capitis accuſaverint vel in ſer-

rent, in ius duci poterant, etiam inviti, de qua ductione mox dicetur. Hæc du-

C ctio

vitutem petierint libertum *L.* 10 §. 11. & heredes etiam extranei *L.* 1. *C. h. tit.* Heredi enim extraneo patroni debetur reverentia, *L. pen C. de libert. & eor. lib.* quanvis heres extraneus liberti eam patrono non debeat *L. heres* 8. *de obſeq. par.* Cui. 10. *Obſ.* 10. *ſub fin.* Nec ſolum ſi de re hereditaria agatur, ut Fulgoſ. & Dec. *in d. L.* 2. ſed indiſtinctæ nuia L. abſolute concepta poſt Cyn & Alc. *in d. L.* 2. Gilken. *ibid. n.* 3. denique uxor, patroni *L.* 1. *C. h. t.* & maritus eadem ratione. Quia quem patrona colit, libertus quoque revereatur oportet. Diſſ. Accurſ. *in d. L* 1. *per L. liberti* 10 *C. de op. lib* quæ tamen de operis loquens ad reverentiam non eſt porrigenda, alias hæc nec heredi non ſuo deberetur Cuiac. 10. *Obſ.* 10. Speckhan. *d. Q.* 11. *n* 16. Secus vero in tutore & curatore, item defenſore actoreve patroni *L.* 10. §. *ult.* quia perſonæ debetur honos non negociis Ant. Fab. *ibid.* Niſi actor ſit collegii, cuius libertus eſt *d. L.* 10. §. 4. Atque hi omnes nec a liberis liberti impune vocantur *L.* 2. *C. h. tit.* Fac. *L. ult. C. de libert. & eor. lib.* Quæ de libertis ſancita, ad colonos cenſitos transfert Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 37 *& Tabula actionum pag.* 1148. quos villa cui adſcripti dimiſit dominus. Ad ruſticos ſane eos qui homines proprii uſurpantur referri commode poſſunt (arg. eor. quæ Blarer. *in L. diffamari Cap.* 2. *n.* 23.) Ziſ. 1. *Sing. Reſp.* 3. *n.* 84 Quanvis vero a liberto ad vaſallum haut firma illatio ſit, cum & illius beneficium acceptum longe maius, indeque vinculum reverentiæ arctius, & mutua fide dominus quoque vaſallo teneatur Mynſ. 4. *Obſ* 91. Speckhan. *Cent* 1. *Q.* 55. *n.* 9. *& ſeqq.* Nicol. Intrigliol. *de Feud. Q.* 58 *n.* 11. *& ſeqq.* Fachin. 10. *Contr.* 89. Recte tamen dicemus quod (6) Dominus feudi, vocari non debeat ſine venia. Licet quidam indiſtincte contra nitantur, Mynſing 4. *Obſ.* 92. Gail. *de Pignorat. Obſ.* 15. *n.* 4. teſtantes uſu Cameræ opinionem eam probatam eſſe. Quam & ſequuntur Fachin. *d. Cap.* 90 Bronch. 2. *Miſc. Aſſ* 90. Afflict. *Deciſ* 265. *n.* 36. Ant. Del Re *de iuram. calum. C.* 15. *n.* 76. Intrigliol. *d. Q.* 58. *n.* 21. Cothman. *Iur. Reſp.* 50. *n.* 15. receptiorem eam vocans, ut & Sneidvin. *ad* §. 12. *Inſt. de act. n.* 45. aliique quos laudat Vult. 1. *Diſc.* 1. *ſub fin.* & Speckhan. *Cent.* 1 *Q.* 55. *n.* 8 Licet item alii inter dominum feudi ſolum, & qui una territorii dominus, cui vaſallus etiam ut ſubditus ſubeſt, diſtinguant, Arn. de Reig. *Addit. ad d. Obſerv.* 92. alii inter Principem & inferiorem a Principe, quos citat Speckhan. *d. Q.* 55 *n.* 19. rationes eorum percenſens, quæ tamen eo directæ ſolum ut probent Principem vocari non poſſe, non autem alium poſſe. Alii inter litem de ipſo feudo & de re alia Alc. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 3. Nam etſi pro affirmativa non faciat æqualitas liberti & vaſalli, ſæpe non procedens; aſt facit omnino ratio reverentiæ præſtandæ *L.* 13. *h. t.* & quidem iuris neceſſitate 2. *Feud.* 22. ibi *ſalva reverentia* Ac iureiurando fidelitatis continetur, quod nihil facturus ſit contra honorem domini 2. *Feud.* 7. Rationemque publicæ honeſtatis non habent qui diverſum ſentiunt, ait Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 37. Conſentiunt Weſenb *Par. h. tit. n.* 6. Speculat. Iaſ. & alii citati a Vult. *d. Cap.* 1. & a Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 22. *n.* 13. Guid. Pap. *Q.* 551. *n.* 1. Ac etſi Hartm. Hartm. *Tit.* 54. *Obſ.* 44. poſſe vocari dominum ſine venia, modo vaſallus utatur verbis honeſtis, tamen in addit. Hart. iunior ſubdit in Camera veniam peti, idque proceſſibus inſeri debere, itaque iudicatum eſſe. Tutiuſque ac honeſtius eſſe fatetur, Vult. *d. C.* 1. *ſub fi.* ſi agendi venia prius petatur. Stilum denique curiæ hic ſequendum monet Rittershuſ. *Partit. feud. Lib.* 2. *Cap.* 1. *Q.* 15. recte ſtatuens utut ſit, ex cauſſa hac feudum non committi (7) Maritus per *L.* 14. §. *ult. Sol. matr. L.* 1. §. 7. *de rei ux. act. mut. L.* 13. *h. t.* Cuiac. 10. *Ob.* 10 Bodin. 1. *de Rep.* 3. *n.* 10. P. Barboſa *ad L. maritum* 11. *ipſo* 12. *& ſeq. Sol. matr. n.* 64. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 41. diſſentire referens Alex. *in d. L* 13. Uxorem autem a marito poſſe Barboſa *d. loc.* & Cuiac. 10 *Obſer.* 10. Contra Ilico Umnius *Diſput. Proceſſ.* 5. *th.* 7. *n.* 38. tum quia actio famoſa adverſus eam ceſſat *L* 2. *Rer. amot.* tum quod reverentia mutua ſit. Verum etſi uxori præcepto Apoſtoli 1. Petri 3. v. 7. impartiendus honor τιμὴ non tamen reverentia αἰδώς cum plus ſit revereri & reverentia obſequium quoddam arguat *L.* 5. *C. de obſeq. patron.* Licet non neſciam quod Imperator Iuſtinianus Theodoram ſuam reverendiſſimam coniugem nuncupet *Nov.* 8. *Cap.* 1. quo

domi-

Digitized by Google

ctio nonnullam ignominiæ & contemptus speciem habebat. Itaque in magistratu erat adversus eius dignitatem: in iis qui necessario officio detinebantur, res inhumana

nomine a Bodino 1. *de Rep.* aliisque vapulat. Excusari fortasse an potest quod ita vocet non sui, sed subditorum ratione, quibus Augusti quoque verenda est. Ferente enim ita more seculi sui Iustinianus passim præsides quoque sibi subiectos clarissimos, gloriosissimos appellat, ut infinitæ inscriptiones legum *Cod. & Novell.* habent. Vindicatur hæc irreverentia proposita pœnali actione § *pœnales* 12. *Inst. de act.* ac iudicio 50. aureorum *L.* 12. *L. pen. h. t.* §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* quod datur caussa cognita *L.* 10. § *pen. L.* 11. *h. tit.* Nam si, quispiam superiorum, ex. g. patronus vocatus sit, etsi quasi tutor curator, defensor actorve *L.* 10 § *ult. h. tit.* & ita alieno nomine, modo qui vocavit id fecerit suo nomine. Secus si libertus tutor nomine pupilli *L.* 16 *h. t.* Ratio differentiæ. Cum alieno nomine libertus vocat ceu tutor, pupillus ipse vocare censetur cui non est patronus. Cum vero alieno nomine vocatur patronus a liberto suo non ideo minus irreverenter tractari videtur. Duar. *h. t.* *D. C.* 5. Illic excusat officii necessitas, & fidem tutelæ solvere præstat quam privatæ venerationi indulgere; Hic nihil est quod excuset. Mudæ. *ad* §. 12. *Inst. de act. n.* 20. Ant. Fab. *ad d. L.* 16. Ubi aliud statuit necessitate ista cessante ut si plures sint tutores, ubi curare potest ut contutores agant. Aliud item in officio voluntario, ut si Procurator filius vel libertus. Mudæ. *d. loc.* Confer. *supra Lib.* 18. *Cap.* 3. *N.* 34. Quid si tutor ita egerit nomine pupilli contra eos, quibus pupillus reverentiam debet? Edictum cessare vult Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 18. & Carbon. *Practica Lib.* 3. *C.* 4. n. 26. a liberto actore scilicet. Aliud si reus ut se defendat præsidem crebro interpellet *L.* 14. *h. t.* etsi crimen retorqueat, quia hæc ipsi necessitas ab actore imposita, Ant. Fab. *ibid.* in ius, id est, ad Prætorem ut ibi experiatur seu agat ut *h. C. N.* 7 *&* 12. iuxta morem iudiciorum nostrorum, si primam Citationem, quæ præparatoriorum principium est, insinuari curet. Aliud in seqq iudicii actibus incidentibus, ut si citetur ad videndum iurare testes, Mudæ. *d. loc. n.* 21. Aliud si libellum adversus patronum dedit expressa conditione sua *L.* 15. *h. t.* Non quod illa oblatio vi & impressione careat, in qua ratio edicti pendeat, ut falso Cui. 1. *QQ. Pauli ad d. L.* 15 & A. Fab. vid. *N. seq.* Sed quia libelli porrectio est actus extraiudicialis, a qua non ut a Citatione iudicium incipit, Sneidvin. *ad d* § 12 *n.* 53. Et forsan libellus is accipi debet, quo peti solent, quæ de plano expediri possunt, sine actione & caussæ cognitione per *L. omnia* 71. *de R. I. L.* 9. §. 1. *de off. procons.* Licet sint qui libellum pro extrahendo processu & decernenda citatione intelligunt Goth. Ant. *Disp. Ants Vuls.* 3. *Th.* Andr. Scheffe. *Q. Pract.* 25. *n.* 26. sine permissu Prætoris *L.* 4. §. 1. *L.* 10. §. *pen. h. t.* Neque enim veniam petitam sufficit, nisi & impetrata *L. ult. h. t.* §. 12. *I. de act.* §. *ult. I. de pœ. tem. litig.* Coras. *ad d* §. 12. *n.* 10. Moler. 3. *Semestr* 44. *n.* 11. quia hoc, ait, generale in omni actu ad cuius perfectionem consensus requiritur *Cap. si religiosus* 27. *de elect. in* 6. Obtinetur autem plerumque si actio non famosa nec pudorem suggillet, *d. L.* 10. §. *pen.* Et quia caussæ cognitio hic necessaria *d.* §. *pen.* ad hoc evocandus adversarius, cuius reverentia hic vertitur. Licet DD. vulgo aliter sentiant, Afin. *Praxi* §. 7. *Cap.* 5. *limit.* 145. *& ult.* qui & eo ipso quod ad libellum actoris conditionem suam, quod sit filius ex. gr. non celantis, emissa citatio; veniam concessam volunt Goth. Ant. *d. Th.* 3. Scheffer. *d. n.* 26. post Rosenthal. *Synops. feud. Cap.* 10. *Concl.* 23. *n.* 17. Confer. *N. seq. in fin.* Ne dicas ita induci progressum in infinitum, quasi & ad isthanc citationem veniæ petitio requiratur. Nam monui ante huic edicto non nisi in ea Citatione quæ fit ad agendum seu iuris experiundi caussa locum esse, datur iudicium, ipso vocato, etiam calumniatori argum. *L.* 5. §. 1. *Ne quis eum qui in ius*, Ant. Fab. *ad L. pen. h. t.* etiam filiofamilias absente patre *L.* 12. *h. t.* ubi vid. A. Fab. Non autem heredi, nec in heredem, nec ultra annum *L. pen. h. per L.* 35. *de O. & A.* 50. aureorum *L.* 12. *L. pen h.* Quæ applicantur ipsi vocato, non fisco. Post alios Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 50. Unde hanc pœnam nec Princeps remittit *L.* 2. *C. h. t.* Mudæ. *ad d.* §. 12. *Inst. de act. n.* 27. Cuiac. 10. *Obs.* 1. vid. tamen Gilken. *ad d. L.* 2. *n.* 8. qui non solere quidem remitti, docet; posse tamen, si velit Princeps cum auctoritate legis inducta sit. Quod si inopia laboret libertus, quasi inofficiosus castigatur *L. ult. h. t.* Unde tritum illud: Qui non habet in ære, luat in corpore, Cassiodor 9. *Variar. reddat debitam pœnis, quod non potest compensare pecuniis.* Ambros. *serm.* 78. *Qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat ultione corporis.* Quæ citat. Cuiac. 1. *QQ. Pauli ad L.* 15. *h. t.* Præbeat subsidiarium tergum, cui non soppetit pecunia, Zas. *ad* §. 12. *Inst. de act.* Exempla *L.* 7. §. 3. *de iurisd. L.* 35. *de iniur. L.* 1. §. *ult. de pœn. L.* 1. *C. de ad. priv. L.* 4. *C. de serv. fugit. L.* 6. *C. de mo. mulct.* 2. *Feud.* 53. § 1. *in fin.* Facit *Exodi* 22. v. 4. Ex quo iure ortum ut dicatur Germanis *Blutarm*, quasi dicat qui non habet, quo sanguinem suum redimat, Cyriac. Spangenberg. *Speculo Nobilit. Tomo* 1. *Lib.* 8. *Cap.* 6. *pag.* 1406. Qua de pœnarum commutatione consuli possunt Menoch. *arb. C.* 447. Hot. *ill. Q.* 26. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. (Ubi *n.* 28. quosdam adeo extendere refert, etsi integrum solvatur præter unum denarium, sed inique. Vasq. 3. *ill. Contr.* 96. *n.* 30 Sneidvin *ad* §. *pœnales* 12. *Inst. de act.* n. 37. *& seqq.* Annæ. Robert. 2. *Rer iudic.* 15. Scip. Gentil. 3 *de iurisd.* 11. & Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 40. Quam regulam in Doctoribus aliisque in dignitate constitutis non obtinere post alios Io. Halbritter. *Orat. de priv leg. DD* Caussa cognita. Quandoque enim mens edicti cessat *L.* 11. *h. tit.* Ut (1) Cum non invitus vocatus *d. L.* 11. quia volenti fit nulla iniuria. Obiicitur vulgatum illud: Privilegio ob reverentiam competenti non renunciari posse *L. ult. C. de bon. lib* In quo diluendo multus est Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. ipsi 15. §. *eleganter* 1. *Sol. matr.* Qui expensis reiectisque variis distinctionibus ita Resp. n. 8. Sine venia non vocari ex rei natura intelligitur, invitum non vocari sine eadem. Cum vocationis natura sit, ut citatus parere debeat *L.* 1. *in ius voc. ut eant. L.* 2. *h. tit. iunct. L.* 1. *Ex quib. ca. mai.* Quare si volens veniat, non renunciat privilegio, sed sumus, ait, extra casum privilegii. Tunc autem renunciaret, & irrito si ita pacisceretur: Quandocunque me vocabis in ius, semper sponte veniam. Hanc, inquit, voluntatem mutare licet, eaque mutata impune non vocatur. Hinc autem Bover. *sing.* 52. *n.* 18. non posse hoc obiici post litem contestatam, quia contestando volentem evocatum appareat: immo nisi hæc exceptio in primo actu iudiciali opponatur, omissam censeri post plures Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 19. (2) Si pœniteat libertum, & actionem remittat *d. L.* 11. Quod Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *indefens. rei n* 1. exponit de remisso exercitio actionis temere dictatæ seu renunciatione instantiæ, ita ot agere alio tempore possit, venia impetrata. Quod durum alias foret si 200. ex g. debitus integra remittere cogeretur. Desistere autem ita posse censet usque dum lis contestatur. *arg. L.* 1. *C. de plus petit.* ut & Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 12. n. 5. post Sneidvin. *ad d.* §. 12. n. 65. P. Barbosa *ad d. L.* 14. §. 1. n. 4. eodem modo accipit, quod exinde cessent molestiæ iudicii. Pœnitere autem posse censet etiam postquam patronus venit, modo id faciat, antequam is opponat se vocatum esse sine venia. Reprobat autem eos qui usque ad sententiam, ut & illos qui ad iudicium usque acceptum hoc licere volunt. Contra Mudæ. *ad d.* §. 12. n. 23. remissionem totius caussæ & actionis omnimodam interpretatur. Alias facilis esset renunciatio & evitatio pœnæ. Nec dixisset IC. *actionem remittat*, ubi ex significatione verbi *actionis* denotatur ius agendi per illius definitionem, quomodo remissa actio in *L. si actionem* 24. *C. de pact.* Sed sic: *errorem agnoscat, a lite desistat &c.* Neque hoc nimis grave, etiamsi debitum grande. Non enim præcise cogitur remittere, sed ita si pœnam 50. aureorum effugere velit. Ergo ubi minor summa debiti, hoc potest expedire liberto &c ita Mudæ. Recte. Qui enim alias pœnitentia nocens esse desinit delicto perfecto, cum & contra reverentiam vocavit & actionem dictavit. Leve enim nimis quod Barbosa *d. loc. n.* 4. reponit, quod hic pœna edicto præstituta, ideo temperetur, quia de rigore iuris ex actu nullo pœna incurri non debuerit. (3) Vel si vocatus non venerit *d. L.* 11. si scilicet & pœnituerit vocantem, ut verba illa; *si pœniteat* & huc quoque accommodentur atque hæc accipiantur non in sensu diviso ut DD. Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 65. Speckh. *d. Q.* 12. *n.* 6. quia, ait, in Citatione non se fundare potest, qui ipsam eam contempsit & in ea contumax. Male, si enim deliquit vocans, qui deliquit qui iniustæ vocationi non paruit *L.* 1. *in f. Ne quis eum qui in ius.* Sed in sensu composito, si pœnituit libertum re integra, delicto nondum

con-

Digitized by Google

mana eos ab officio quod temporale & breve erat, ista ductione avocari: in parentibus & similibus personis erat adversus reverentiam his personis natura debitam. Tolle ductionem in ius, ut vere nostra ætate huiusmodi ductione non utimur, caussam etiam [23] vocationis adversus superiores personas denegatæ sustuleris.

VIII. De die & tempore, ad quod vocandus sit, qui in ius vocatur, nihil scripsi hoc loco in commentario ad hunc titulum, quia olim aut nullum hoc tempus fuit, quod præstitueretur vocato: aut si quod fuit, non constituebatur vocantis voluntate, sed utriusque litigatoris consensu. Postea etiam cœpit esse legitimum: sed tamen quoniam hoc tempus aliquod esse oportet, ut scire possit reus, quando se iudicio sistere, & actori respondere debeat: necesse est, & de eo nos hoc loco moneri, qualecunque id tempus sit, & a quibuscunque constitui putemus. Ergo olim qui in ius vocabat adversarium, vocabat ita, ut vocatus statim iuberetur in ius ambulare: ni sponte faceret, duceretur raperetur etiam, si repugnaret: ut superiores illi loci declarant, quos ante indicavimus ex Terentio & Horatio. Evitabat vocatus hanc ductionem & præsentem vocationem, si paratus esset cavere iudicio sisti ad certum aliquem diem. Quod cum fiebat, tum actor vocato adversario dicebat diem, ad quem ille se iudicio sisteret, isque dies cautione includebatur. Et quoniam hæc cautio fere semper interponi solebat, ut vitaretur ignominia ductionis, unde eveniebat, ut huic dictioni fere semper locus esset: factum est usu loquendi, ut veteribus diem dicere alicui idem esset, quod alicui litem, & iudicium futurum denunciare, seu alicui actionem intendere, ut ostendi ad §. *adpellamus, Inst. de actionib.* Sed hunc diem non solus dicebat actor. Dicebat etiam reus: constituebatur enim utriusque consensu, ille ut diceret diem, quo vellet iudicio sisti, hic, ut contra hunc ipsum diceret, quo caveret se sisturum. Quod si de die inter eos non conveniret, tic dicebat diem actor, ut si brevius tempus videretur reo, moderatum spacium iudex statueret. *L. de die*, in princ. *D. Qui satisd. cog.* Sic tamen, ut in hunc postea reus consentiret. Hinc factum est, ut hic dies non iam simpliciter dici, sed verbo composito condici diceretur: quia scilicet simul dicebatur ab utroque ex litigatoribus. Et quia mutua hæc diei condictio ad futurum iudicium & actionem adversus vocatum eo die exercendam spectabat, factum hinc quoque, ut veteribus ipsa actio ad quam hæc dici condictio referebatur, eodem nomine adpellaretur, dicereturque condictio. Pertinuitque revera hæc adpellatio ad omnes actiones, non in personam solum, sed etiam in rem. Sed discretionis caussa paulatim usus obtinuit, ut verbum commune quod erat, contraheretur ad actiones in personam, atque hæ solæ dicerentur [24] condictiones, actiones in rem proprio nomine adpellarentur vindicationes, ut pluribus exposuimus ad *d. §. adpellamus, Inst. de actionib.* Quod quidem eo loco conveniebat, ubi de origine

consummato. Non autem exceptio est in rustico, nec eum error iuris hic impunem reddit *L.* 2. *C. h. t.* ubi ratio. vid. Gilken. *ibid. n.* 4. *& seq.* Menoch. *Cap.* 594. *n.* 7. *&* 2. *seqq.* Choppin. *de Priv. rust. Lib.* 1. *P.* 2 *Cap.* 5. *initio.* Conf. Menoch. *Recup. Poss. Remed.* 9. *n.* 17. *& seqq. & n.* 57. *ac seqq.* Nec in milite arg. *L.* 2. *pr. de obseq. par.*

23) Ita & Don. *ad Authr. C. h. t. n.* 15 *& n.* 18. *& ad §. pœnales* 12. *I. de act.* (addens ibi etsi satisdatione ductio inverecunda evitetur, turpe tamen his personis cavere cogi ut eam evitent) & Cuiac 10. *Obs.* 10. *&* 4. *Pauli ad edict. in L.* 2. 5. *&* 7 *h. t.* Balduin. *in not. ad L.* 15. *h. t.* Vult *1 Disc.* 1. *pag.* 24. A Fab. *C. suo h. t defin. ult.* qui ita iudicatum testatur Et Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 9. *n.* 9 sæpe reis iniunctam litis contestatæ exceptionem hac reiecta, cum eo ipso quod iudex ad instantiam partis citat, veniam indulgeat, quomodo & Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 21. *& seq.* usum edicti in Curia Brandenburgensi nullum superesse perhibens. Sed melior sententia aliorum, Fachinæ 10 *Contr.* 87. Oldend *Cl.* 1. *Act.* 4. *in Practica* 1. 3. Gilken. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4. *&* 5. Goth. Ant. *Disp. Ant.* Vult. 2. *Th.* 1. *&* 13. *seqq.* Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 25. Siquidem edicti caussa non in ductione violenta posita fuit, ut istis persuasum est. Quidni cum ipsa vocatio a manus iniectione separari potuisset, uti alias *L.* 18. *& seqq. h. t.* Fach. *d. loc.* Quidni ita caveri, ut hi vocari quidem possent, & sequi cogerentur, sed duci non possent arg. *L.* 46. *de V. S.* ni tamen venirent, contumaces haberentur? Quis vero, inquam, credat permissu prætoris venia data, tunc quidem contemptim duci potuisse parentes, patronos &c. Quis credat casibus iis quibus venia non necessaria, ut cum tutorio nomine quis parentem patronumve vocaret *L.* 15. *h. t.* obtorto collo eundem rapi potuisse? Id vero equidem consequens foret. Sed ratio edicti sive præcipua ut Goth. Ant. sive, quod magis est, sola ut Fach. & Scheffer. *dd. loc.* quæ in *L.* 10. *§. pen. h. t.* ne temere in ius vocentur & famosæ forte actiones illis dicantur. Unde caussæ cognitio necessaria, an venia danda sit. *d. § pen.* Et ea quidem exactior, ut Gilken. *d. n* 5. ne tales personæ etiam de minimis conflictentur, licet de iisdem alii recte conveniantur. Nam viget in hodie edictum: in ius vocati ut eant etiam in his personis *L.* 1. *&* 2 *de in ius voc.* post permissum scilicet: neque tamen abductioni inverecundæ locum esse credendum est. Sed nec ullius temporis usu edicti vim expirasse probat Got. Ant. *Thes.* 10. quia alias frustra pro tribunali Spirensi tractata fuisset controversia, an vasallus sine venia &c. ut *supra N.* 22. v. *Dominus feudi &c.* De qua tamen contrariæ eiusdem Curiæ sententiæ ut ibid. Longe autem alia est generalis petitio actoris pro decernenda citatione, & commissio iudicis, in quavis vocatione etiam extranei hodie necessaria, ut *h. C. N* 15 *& N.* 18. an hac veniæ petitione & concessione. Ubi & actori qualitas personæ suæ, & quam reverentiam debeat reo, exponenda; item qua actione experiri velit. Et iudici caussæ cognitio adhibenda, num eam actionem contra parentem, exempli gratia, indulgere an denegare debeat. Unde permissum generalis maxime dissimulante actore suam conditionem, impunem non reddet Oldend *d. a* 3. Got Ant. *d loc. Thes.* 5. *&* 8.

24) Vid. *supra Lib.* 21. *Cap.* 2. *N.* 10.

Digitized by Google

ne huius verbi agitur, sed hæc ipsa origo ex ea diei mutua dictione est, de qua nunc loquimur.

IX. Postea totum hoc tempus desiit esse in condictione actoris, cepitque esse legitimum. Nam ante tempora Iustiniani hic mos inoleverat, ut in ius vocato libellum actionis simul edi oporteret. Tum deinde parato cavere iudicio sistendi caussa, non is dies esset ad se sistendum, quem actor diceret, sed iusti dies 10. intra quos vocatus deliberaret, utrum cederet, nec ne, deinde his exactis iudicio se sisteret. Iustinianus postea tempus hoc legitimum conduplicavit, [25] & 20. dies dedit. Hoc ille in *Novel. de exhibend. reis* 53. §. *sancimus igitur*. Unde *Auth. offeratur, C. de litis contestat.* Hoc tempore legitimo constituto, non fuit necesse in ius vocato diem dicere, quia etsi dictus non esset, hic tamen dies legitimus futurus erat, quo finito, qui vocatus erat, iudicio se sistere deberet: sed & si minorem diem actor diceret, frustra fieret invito reo, cui tempus lege datum adimi non potuit. Atque hoc modo desiit illa diei condictio vetus, de qua diximus. Ex quo est, quod Iustinianus scribit in *d. §. appellamus, Inst. de actionib.* Nunc abusive condictionem dici actionem in personam: quia hoc tempore nulla eo nomine denunciatio & condictio fiat, intellige nullam talem, quasis veteribus, a quibus hæc adpellatio primum nata est, in usu erat. Hodie fere in omnibus locis hoc iure utimur, ut actori sic liceat adversarium vocare in ius, ut ei, quem velit diem dicat, quo se iudicio sistere debeat. Qui si vocatus ad diem adfuerit, & petere ei videtur longius tempus, ad deliberandum cedere an contendere debeat, ita id impetrat, ut magistratus [26] dilationem ei pro caussæ qualitate tribuat.

CAP.

25) Et confirmatur *Nov.* 82. *&* *N.* 96. Qui ab eo die numerantur, quo reus per exsecutorem in judicium vocatus est ut Cuiac. *in d. Nov.* 53. vid. idem *de Diversf. tem. præscrips. Cap.* 9. Olim diversi erant cognitionum & postulationum dies. Nec diebus cognitionum in ius vocatio aut editio fieri poterat, vid. Ræward, *Protrib. Cap.* 4. Et quod a receptione Citationis tempus computetur, nec in id dies quo recepit una computetur usu Curiarum & Cameræ receptum dicit Blaret. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 129. Gail, 2. *Observ.* 48. *n.* 13. de qua vid. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. Cap.* 18.

26) Vid. Rosbach. *Diss. iur. civ. & Can. Lib.* 3. *Tit.* 10. *n.* 1. *&* 2. Add. Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 20. (de usu Cameræ testatus) Ayrer. *Parte* 1. *Cap.* 3. *Obs.* 2. *n.* 62. Vant. *Tit. de nullit. ex defectu Citat. n.* 70. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 115. quia intra quantum tempus reus deliberare, aut se instruere possit, lege definiri certa nequit, cum ex qualitate negocii pendeat Fac. *L.* 1. *de iure lib. L.* 2. §. *utrum autem* 7. *Test. quem ap. L.* 72. *de iudic.* In Curiis Elect. Sax. ut & supremo appellationis iudicio plerumque sex hebdomadæ & tres dies concedi notant Monach. *Pract. P.* 3. *Cap.* 5. *n.* 12 Add. Colet. *Decis.* 110. Cæterum anceps nostrorum contemptio, num die non adiecto, vel sine præfixione termini valeat Citatio? Et quidem affirmativa ac quod tacite insit tempus, quamprimum venire poterit, communis dicitur a Scaccia 2. *de Iudic.* 32. *n.* 7. & Gravat. *ad Pract.* Vestrii *lib.* 4. *Cap.* 2. *n.* 21. Vant, *d. tit. n.* 71. post Boer. *Decis.* 235. *n.* 2 ubi quantocyus comparere debere, cum quodam temperamento tamen, ne ilico currere teneatur argum. *L.* 105. *de sol.* Nituntur hi *Cap. cum parati* 19. *de appell. Cap. cos* 22. *in fin. sent. excomm. in* 6. *L. ult. in fin. Quod vi aut clam.* Sed negativa contraria verior, quam etiam communem dicit Foller. *ad Marantam h. t. n.* 65. quam post Bart. *in L.* 118. §. 1. *de V. O.* & alios probat Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 22. Ayrer. *Processf. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 65. Pro qua (1) *textus clari L. ult.* §. 2. *ibi certo tempore statuendo Cod. de iur. dom. imp. L.* 2. verbis: *certo dierum spatio a iudice definiendo Cod. ubi in rem act. L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam. Cap. cum dilecti* 6. vers. *volentes de dolo & contumac.* (2) ratio evidens quia sine die Citatio obscura & incerta. Vaga autem nimis & incerta non valet *Decis. noviss. Rota* 151. *P.* 2. 3. Communis stilus curiarum, qui pro lege observandus Unde colligit Foller. *d. loc.* non modo tutius esse ac cautius diem apponi, ut Vant. *d. n.* 71. & Scaccia *d. Cap.* 34. *n.* 18. sed immo necessarium. Et ita cautum *Ord com. P.* 3. *Tit.* 12. §. *Als auch.* Nec amplectenda distinctio Marantæ *d. n.* 65. & Lanc. Conradi *de Off. prae. in sanct. tit.* verbo *Citatio n.* 7. quod sine die valeat ad id ut non veniens ceu contumax puniatur. Non autem ut ad ulteriora in caussa procedi possit. Neque hic differentia inter iua Civile & Canonicum statuenda ut Rosbah. *Diss. iur. civil. & Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. *n.* 5. *&* 6. Horam autem in Citatione exprimi necessum non est, sed intelligitur hora ad cognitionem consueta, cave qua is actus expediri solet & commode potest, Maranta *d. loc. n.* 66. Vant. *d. Tit. n.* 72. Blarer. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 132. Ea autem apposita etsi actum alia hora factum non valere iidem velint; Citatum tamen ut veniat summo diei mane *zu rechter fruher Tag zeit*, si post meridiem compareat, ceu contumacem plecti non posse sæpius responsum refert firmatque Arumæus *Parte* 1. *Decis.* 11.

C A P. I I I.

Ei qui in ius vocatus est, actionem edi oportere. Hac edita tempus illi esse ad deliberandum, utrum cedat an contendat, & quod tempus.

Propositum auctoris, & methodus; ordo pandectarum præposterus. I.
Vocatio agendi ordine *prior editione actionis: probus hic ordo pandectarum;* *Codicis ordo diversus aptior doctrinæ methodo.* II.
Vocatio fuit editione prior, etiam tempore Iurisconsultorum. III.
Ratio illius ordinis æquissima. IV.

I. CUm hæc in vocatione exigimus, quæ supra diximus, ut iusta sit vocatio: tum extrinsecus hoc accedere ad vocationem oportet ut actio edatur ei, qui vocatur. Sic enim fieri ius iubet. Ac sine eo nihilo plus egerit vocatio, quam si reus omnino vocatus non esset, aut quod idem valet non uti oportet. Qui vocatus non est, aut non rite, huic nulla necessitas imponitur in ius veniendi, aut se obstringendi, fore, ut quandoque veniat. Ne ei quidem necesse est id facere, cui non est edita actio: cum ideo iubeatur actio edi, ut si reus contendendum putabit, veniat instructus ad agendum. *L.* 1. *D. de eden.* Unde intelligitur, prius quam instructus sit, eum venire non necesse habere. Ita iustæ vocationis partem esse non immerito fortasse quis dixerit, editionem actionis. Quare cum iustam vocationem nunc quæramus, & eam, quam reus impune non contemnat, recte videmur facturi si de editione hoc loco dicemus: ut iusta vocatione initio constituta, tum deinde de necessitate, quæ iustæ vocationi adiuncta est, ordine cognoscamus. Scio enim in Pandectis de necessitate veniendi in ius, aut cavendi iudicio sisti prius quam de edendo tractatum esse: sed necessitas hæc cum nulla sit non edita actione: sed nec intelligi possit, qualis sit, prius quam de edendo dixerimus: rerum natura me non admonuit tantum, sed etiam hæc attentius meditantem coegit, ut hunc ordinem nobis præscriberemus.

II. Illud, puto, ambigi non debet quin recte in *Pand. de in ius voc.* prius dictum sit, quam de edendo, quod & nos secuti sumus. Non enim potest omnium actionum instituendarum initium ab in ius vocando proficisci, ut Iustinianus ait *d.* *§. ult. de pœn. tem. litig.* quin vocatio [1] prior

1) Hoc Donellus noster vult quod in ius vocatio præcesserit, eam mox secuta vel illi coniuncta, natura tamen posterior editio. Utroque expedito demum veniendi satisdandive necessitas. Ita puto. Veteri iudiciorum ritu actor reo, antequam in ius ventum esset, edere actionem non tenebatur ut constat ex Plautinis his *Persa Act.* 4. *Sc.* 9.

Age, ambula in ius . . . . Quid me in ius vocas?
Hic dicam apud Prætorem . . . .

Tametsi copiam actionis describendæ quandoque, priusquam veniret in ius, actor faceret, vid. Ræv. *Prærib.* C. 4. Itaque, contra quam hic noster, vocatus etiam non edita actione sequi aut satisdare cogebatur. Proinde accommodata ac conveniens isti antiquo iudiciorum ordini dispositio Pandectarum etiam quoad titulos inter *tit. de in ius voc.* & *de edendo* interiectos. Posteaquam autem venerat, edita actione, non statim respondere cogebatur, sed induciæ dabantur reo; tempusque ad quod se denuo sisteret, (interea vero deliberaret & si contendere vellet, ad defendendum se instrueret) dicebatur. Iustiniani tempore Iudici insinuatæ preces, & per eum adversario cognitæ, ut *Nov.* 112. *Cap.* 1. *pr.* id est, libellus conventionis prius iudici exhibitus, qui per viatorem illum transmisit reo, & una in ius vocavit. Eique accepto reus subscripsit, satisdatione iudicio sisti præstita *Nov.* 53 *Cap.* 3. *§. susceptа.* 2. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 5. *n.* 3. Hodie non forte: num libelli oblatio præcedere debet citationem, num item libellus, si Iudici exhibitus, citationi vel totus inserendus, vel eius summa saltem, inter nostros non satis convenit. Quoad prius Maranta *Speculi Parte* 3. *Membr.* 3. *de Libell. oblat.* n. 25. in practica hunc ordinem esse notat, ut antea exhibeatur libellus Iudici, quam citatio decernatur, ut prius Iudex perpendat num libellus iustus sit, ut super eo procedatur. Et probat post alios Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 2. Afin. *Praxi* §. 5. *Cap.* 3 *n.* 2. Contra alii porrectionem libelli, quæ fit Iudici, non necessario præcedere commissionem Citationis. Itaque usu servari scribit Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n.* 23. Bellon. *in d. Rubr. n.* 53, *referens.* Vult. *ad pr. I. de act. n.* 44. pro diversa fori consuetudine alibi editionem citatione priorem esse, alibi contra notat. Conciliari isti forsan debent distinctione inter libellum citationis, seu supplicationem pro extrahendo processu, citra quam hodie citatio non decernitur ut *supra Cap.* 2. *N.* 18. & libellum Conventionis qui citato offerendus, postquam venit, Maranta *d. Membr.* 3. *n.* 1. Quoad posterius communius traditur libelli tenorem totum Citationi quidem non necessario inseri, quasi absque eo vitiosa foret, inserti tamen insignem hunc effectum esse, ut citato postea comparenti induciæ novæ deliberatoriæ non concedantur *Cap. præterea* 2. *de dilat.* utque ita lis pendens fiat, & postea nihil a citato innovari possit, innovatum ante omnia retractetur, Gail. 1. *Obs.* 51. *n.* 2. *&* 3. *seqq.* Mynf 5. *Obs.* 85 *n.* 9. *&* 10. Wurmser. *Tit* 9 *Obs.* 4 Coler. *Decis.* 110, *n.* 4 Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n* 22 Vant. *Tit. de nullit. ex defect. citat. n.* 52. Afin *Praxi* §. 5. *Cap.* 1. *&* 2. Scaccia 1. *de Iudic.* 32. *n.* 15 *& seqq.* Speckhan. *Cent.* 2. *Classe* 4. *Quæst.* 9. *n.* 5. Ayrer. *Process. Parte* 1 *Cap.* 3. *Obs.* 2. *n.* 31. *& seqq.* & ut præscriptio interrumpatur. Sichard. *ad auth. offeratur, C. de lit. cont. n* 10. Caussæ tamen expressio aliqua in omni citatione necessaria. Nam etsi quidam extra eam citationem valere voluerint, quibus accedit Coler *decis.* 297. *n.* 1. Gail. 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 4. Quidam etiam distinguunt num longius absit citatus, ubi inserenda; an in propinquo degat. ubi contra referente Maranta *Speculi P.* 6. *tit. de Citat n.* 69. Mynsing. *d. Obs.* 85 *n* 4 Scaccia *d. Cap.* 32. *n.* 14. receptior tamen opinio usuque fori probata asseri-

prior sit, editio actionis posterior. Nam & editio ex iis rebus est, quæ ad instituendam actionem pertinent, cum sine ea frustra instituatur actio. *L.* 1. *D. eod.* & sane primum est natura, ut ostendamus nos velle cum aliquo iudicio agere, idque ei denunciemus. Proximum ut qua actione agere velimus, & quid petere demonstremus. Sed & Iustinianus iubet offerri libellum ei, qui in ius vocatur, ut est in *Auth. offeratur, C. de litis contest.* Vel ut ipse scripsit, ei qui in ius vocatus est, seu reo, [illegible]. *Novel. de exhib. reis, §. sancimus.* Quorum utrumque significat prius esse oportere cum qui vocatur, ac proinde vocationem, quam oblationem. Qui fit igitur, ut hic ordo convertatur in Codice? Nam ne temere factum dicamus, & inscitia compositorum, etiam in edicto perpetuo, quod a Iuliano compositum est, idem hic [a] ordo fuit, ut antecederet *Titulus de edendo:* ut ordo librorum ad edictum scriptorum indicat. Ulpianus enim ad edictum de edendo scripsit *libros* 4 Paulus *libros* 3. Ad edictum autem de in ius vocando Ulpianus scripsit *libros* 5. Paulus *libros* 4. ut inscriptiones ostendunt eorum capitum, quæ extant sub his titulis in Pandectis. Quæ indicant, eundem ordinem fuisse in edicto perpetuo, alioquin non ad edictum bi scripsissent, sed adversus edictum. Sed utrumque propria ratione recte fit. Alius est enim ordo cogitandi, & se comparandi. Alius faciendi, & exequendi, quod constitueris. De re si cogitare, & te comparare voles, necesse erit, prius te comparare libellum, quem in promptu habeas, ut ei quem voces, offeras. At rem provisam si voles exequi, & id de quo quæritur, si voles experiri, non aliter poteris natura, quam ut prius in ius voces adversarium, ac deinde cum voces, ostendas. Quod fiet actionem edendo. Ergo agendi ordine vocatio prior est: editio sequitur. Priorem ordinem ut doctrinæ, & institutioni actoris convenientiorem secutus est Iulianus in edicto perpetuo componendo. Cui congruit & is, quem in his titulis hoc loco servatum videmus. Alter ille magis placuit in Pandectis. Hoc, ut videtur, [3] rectius. Est enim naturalis & instituendæ præsenti cum alio actioni solus conveniens.

III. De instituenda autem actione nunc agitur. Nec vero aliter ius fuit veteribus, quam ut ante in ius vocari oporteret adversarium, quam ei actionem edere; etiamsi quis ad veterem ordinem iudiciorum nos revocet, quo actiones impetrabantur a prætore. *L.* 2. *C. de formulis & impetr. act. subl.* Nam primum non impetrabatur actio ante vocationem, nequis forte hanc impetrationem vocationi anteponat: sed tunc cum lis contestabatur. Tunc enim dicebatur actor iudicium accipere, unde lis contestata, & iudicium acceptum pro eodem. *L. cum fundus,* in princ. *D. si certum pet. L. vulgo, D. de usuris, L. illud, D. de heredit. petit.* Impetrabatur autem iudicium, seu actio, cum accipiebatur, nec accipiebatur, nisi a prætore impetrata. Deinde ut quis concedat prius actiones impetrari debuisse, quam edi, tamen hic ordo futurus esset, ut prius quidem impetrare oporteret, quam vocare, & vocare etiam prius oporteret, quam edere. Etenim post impetrationem saltem actionem reo significare oporteret: in quo est vocatio in ius, initium scilicet litis instituendæ. Et vero etiam temporibus veterum Iurisconsultorum, quibus in usu adhuc erat actionum impetratio, vocationem præcessisse, secutam autem esse editionem, & quidem interdum multo post, non obscure probat. *L. non videtur, D. de iudic. Non videtur,* ait Modestinus, *in iudicem consensisse; qui edi sibi genus actionis apud eum iudicem desiderat.* An qui id desiderat, hunc Modestinus intelligit vocatum in ius, an non? Vocatum sine dubio.

fer'tur, quod caussa omissa citatio, ceu indiscreta non valeat, incerta ac frustratoria sit. Et hoc requisitum substantiale esse contra Noam. Meurer. *Process* firmat. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 2. *Membr.* 3. Itaque statuunt Vir. *Lib.* 2. *decis.* 274. *n.* 8. Vant. *d. Tit. n.* 50. *& seq.* Marant. *d n.* 69. Scaccia *d. loc. n.* 14. *& seq.* Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib* 5. *Cap.* 3. *n.* 5. Ayrer. *d. Obs.* 2. *n* 28. *& seq.* Quod. & *ord. Cam. P.* 3 *Tit.* 12 §. 3. *Und sollen &c.* comprobatum est. Aliqualem autem tantum expressionem, saltem in genere, explicite tamen, inde requiri vult Mynsing. *d. Obs.* 85. *n.* 7. *&* 8. ac Gail. *d. Obs.* 51. *n* 1. Verum Scacc. *d n.* 15. in specie fieri debere, non in genere. Idque expedire videtur cum *Ord. Cam.* ad hoc requirat caussam exprimi, ut & instructus venire queat citatus, & inanes dilationes ac protelationes caussarum amputentur. Atque in terris Saxonum quia citatio fit ad finem præparandæ defensionis caussam exprimi vel libellum inseri debere, tradit Coler. *decis.* 297. *n.* 3. addatur idem *de Process. exsecut. Parte* 3. *Cap.* 7. *n.* 2. Speckhan. *d Quæst.* 9. *n* 2.

a) Ita & post Cuiac. *Par. C. hoc tit.* & Baron. *in Manualibus* Gœdd. ad *L.* 8. *pr. de V. S. n.* 1. Diss. Vult. *ad pr. l. de act n.* 44. putans ordinem Pandectarum hic eundem esse qui est edicti perpetui.

3) Ita & Donellus *ad Rub. C. hoc tit. n.* 6. *&* 7 Rain. Cors. 1. *Indag.* 2. In Digestis præponi Titulum de in ius vocando, quia ibi exactius observatus ordo iudiciorum, & principaliter hoc Titulo D. agi de libelli editione. In Titulo autem Codicis nusquam de libelli editione, quæ fit in limine iudicii, sed de rationum tantum editionibus, quæ post cœptum iudicium. Vult *d. n.* 44. Titulos Codicis accommodatiores esse iudiciorum ordini. Putat enim editionem priorem vocatione fuisse, sed male, ut mox. Cagnol. *in Rub. C. h. tit. n.* 24. In Codice, ait, alius ordo huius Tituli, quia in eo nullus est titulus generalis de in ius vocando sicut in Pandectis. Nam LL. Cod. de in ius vocando de venia petenda loquuntur.

bio. Alioqui ad iudicem non veniffet; neque hac exceptione defugerer iudicium, quod ante non intenderetur. Nondum tamen edita ei erat actio, utpote, quam fibi edi defiderat. Vocatum igitur Modestinus intelligit, cui actio ante non fuit edita, fed poftea edenda eft, & quidem quam edi reus multo poft poftulat, nempe apud iudicem. Semper ergo in ius vocatio [4] editionem agendi ordine antecedit: fed ut dixi meditandi, feque comparandi ordine editio prior. Nam eum iubeatur actor, eum reum vocar in ius, libellum offerre reo, *Auth. offeratur, C. de lit. conteftat.* opus eft, prius de actione fecum deliberet, eamque concipiat apud fe, quam deinde conceptam offerat, feu edat ei, qui in ius vocatus erit. Sed iam de re dicatur.

IV. Initio ergo meminiffe oportebit, vocatione in ius quid agatur. Nempe ut qui vocatur veniat, ut cum venerit, ab eo quid petamus, de quo ille apud magiftratum refpondeat. Id quod fi petitione noftra ante non cognita ftatim facere cogatur, næ rem periniquam ab eo exigamus. Nam neque certo, neque fine fraude fua id poteft facere. Fieri enim poteft, ut debeat, & errore aliquo vel facti vel iuris impeditus pro tempore fe debere non putet. Itaque fi confulatur, refponfurus fit fe non debere. Contraque poteft fieri ut non debeat: idem tamen aut in iure errans, aut fe liberatum ignorans, vel oblitus non neget fe debere. Quorum in utroque evidens periculum proponitur non folum quod anceps falfum cogitur affirmare; fed etiam quod in pofteriore fe confeffione fua obligat, qui prius non tenereтur; in altero dum iudicium temere fufcipit, magna moleftia, & non neceffariis fumptibus fe implicat: quibus, ut oportebat, cedendo carere potuiffet. Hæc pericula inquam ipfum adire cogi propter ignorantiam actionis, & acerbum, & plane iniquum eft. Neque enim eius culpa eft, quod non multo ante divinarit, quid & qua de re fecum ageretur, feque præmuniverit. Non abs re igitur hac quoque parte ratio habita eft eorum, quibus cum agitur, ne prius refpondere cogerentur actori, ac proinde ne in ius quidem venire quam de actione, qua conveniuntur, cognoviffent. Qua de cauffa eam actor ante omnia ei qui in ius vocatur, edere iubetur. De quo hæc five edicti, five Ulpiani, five utriufque verba funt in *L. 1. D.* de edendo: *qua quifque actione agere volet, eam prius edere debet. Nam [5] æquiffimum videtur; eum qui acturus eft, actionem edere, ut proinde fciat reus, utrum [6] cedere, an contendere debeat: Et fi contendendum putat, veniat inftructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur.* Et quoniam nihil profuerit ad reum inftruendum, quid agat, actionem ita edere, ut hac intellecta ftatim refpondere cogatur: fed fpatium effe oportet ad rem diligentius cognofcendam, & confilium ex re capiendum: idcireo non edi tantum iubetur reo actio: fed illi etiam fpacium datum eft, quod fatis effe videretur ad eam deliberationem. Quod fpacium ante fua tempora fuiffe certum, & fuiffe 10. dierum Iuftinianus fcribit in *Novell. 53. de exhibend. reis, §. illud quoque*, & *§. fed & aliud*. Ipfe ibidem tempus conduplicavir, & 20. dies ftatuit, ut fupra quoque docui: quod & iure pontificio cautum eft, nifi quod in arbitrio iudicis numerum dierum effe pofitum vult, & hoc ipfum tamen ita vult, ut fi nimis breve tempus conceffum fuerit a iudice poffit de ea re appellatio interponi: ut pluribus explicatur in *C. 1. & 2. extr. de dilat. C. confuluit. extr. de offic. deleg. C. ult. ut lit. non conteft.*

CAP.

4) Et ita nofter ad *Rubr. C. h. t. n.* 7. ac recte. Et confentiunt Ravard. ut *fupra N.* 1. P. Pithoe *in not. tit.* 2. *Coll. LL. Mof. atc.* aiens Iuftinianum in *§. ult. Inftit. de perp. temp. litig.* ordinem eum, quo in ius vocatio editionem præceffit, in veteri iure digerendo religiofe fecutum effe. Et pluribus comprobat Forfter. *in Parat. D. hoc tit.* Diff. Vult. *in princ. Inftit. de act. n* 44. volens iuxta veterem quoque iudiciorum morem non ante vocatum reum, quam edita effet actio, cum nec ante fciretur quæ effet actio, nifi ederetur. Quæ & opinio Ant. Fab. *ad L. 1. pr. h. tit.* & Cuiacii 10. *Obferv.* 10 Qui vult olim præceffiffe editionem, hodie autem utrumque fieri fimul & ex continenti. Ac in *Par. C. hoc tit.* facile conftituit non poffe utra alteri prior fit, coniunctas potius videri. Cæterum ex *d. L.* 33 recte probat Obrech *de Contip. libell. Cap.* 5 *n.* 5 *& feqq* non neceffariam effe proteftationem reo ut falvo iure fuo recipiat libellum. Nam etfi fimpliciter receperit, vel etiam petierit eum edi, nihilominus contra formam libelli, iudicem actoremve, poftea excipere licet per *d. L.* 33. ad Scaccia 1. *de iudic.* 100. *n.* 27.

5) Cum enim actor prius deliberaverit & neceffaria præparaverit, æquiffimum eft hoc reo, qui nihil providit, fæpe ex improvifo invaditur, tribui Leonin. 5. *Emend.* 8. *n.* 1. Et libellus fubftantialis actus iudicii, imo eiufdem fundamentum dicitur, ad quem omnes alii actus, maxime litis conteftatio, probatio & fententia, referuntur, vid. Obrech. *de Contip. libell Cap.* 13 *n.* 2 Sich. *ad auth. offeratur C. de lit. conteft. n.* 3. Scaccia 1. *de iudic.* 50. *n* 25.

6) Ubi verbum *cedere* non ceffionem in iure denotat, cui locus olim in vindicationibus, ac dominiis transferendis, cum hic de omnibus actionibus etiam in perfonam, & de his maxime, agatur; fed ex oppofito *contendere* intelligitur, quid hic fit cedere, nempe debitum agnofcere, Don. *ad L.* 3 *C. hoc tit. n* 2 Fac. *L.* 21. *de iudic.* Bafilica habent [illegible] quod eft tranfigere, & ita verbum *cedere* hic exponit Cuiac. 10 *Obf.* 30. ac pro eo *decidere* reponit Goth. *in d. L.* 1. quod ibidem Anton. Fab. merito reprobat.

C A P. IV.

Quid sit edere actionem, & quomodo ea recte edatur.

Edere *quid cum ex mente prætoris, tum ex Iustiniano significet*. I.
Edita recte *actio dicitur, quæ & certam rem, & petendi caussam, & genus actionis complectitur*. II.
Petendi caussa modo specialis, modo generalis sufficit, prout vel in personam est actio, vel in rem. III.
Quid si in illa specialis caussa; in hac designatio rei omittatur. IV.
Nomen & genus actionis oportet exprimi ex iure civili; sed iure canonico res ita describi, ut actionis genus intelligatur. V.

I. QUid sit edere, videamus. Edere quidem proprie hoc declarat promere rem, exhibere, inspiciendi potestatem facere. Tot enim verbis rem eandem imperatores expresserunt in *L.* 1. *L.* 4. *L. ult. C. de eden.* sed in edicto de edendo ex mente prætoris edendi verbo amplius quiddam continetur. Cum enim propositum sit prætori, ut actio & instrumenta reo edantur, quo reus instruatur, & instructus cedat, ut veniat ad agendum: quod fieri non potest, nisi rem editam apud se habeat diutius, ut ex ea consilium capiat: Edere hic sic acceptum est, ut sit aut scriptum tradere, quod editum velis, aut scriptum ita ostendere adversario, ut sit ei exscipiendi, vel describendi copia. Quo scilicet adversarius scriptum apud se auferat, & ex eo, ut dixi, deliberet. Idque, est quod huius verbi descriptione duobus locis ostendere voluit Ulpianus: nempe, in [1] *L.* 1. *§.* 1. & *L. argentarius*, *§. edi. D. eod.* sed Iustinianus circa actionem, de qua agimus, plus exegit. Constituit enim, ut [2] actionem complecteretur libello, eumque libellum

1) Edendarum actionum olim, (5) diversæ rationes, ut Rev. *Protrib. Cap* 4. & Vult. *ad pr., l. de act. n.* 43. (1) Dicere qua actione uti velit (2) Describendæ actionis copiam facere (3) Suam intentionem in libello offerre adversario. (4) Ex libello eam dictare adversario. (5) Adversarium ad album producere & demonstrare quid dictaturus est *d. L.* 1. *§* 1. obi Cuiac. 8. *Obs.* 15. pro illis *quod dictaturus* reponit, *ex quo edicto acturus*, quia ita in Basilicis: Nulla necessitate. Haut melius Alc. 2. *dispunct. ubi.* & 8. *Parerg.* 7. illic *adversaria sua* in *d. §.* 1. hic unitatis quidem numero *adversarium* legit, sed rationes tumultuarie ad memoriæ subsidium confectas exponit, quasi Ulpianus velit edere eum dici, qui tabulas illas tumultuarias extendit in rationum libris. Quem etsi tueatur Rob. 3. *Sentent.* 13. alii plures recte refellunt, Duar. 2. *Disp.* 13. Balduin. *in not. ad d. L.* 1. & A. Fab. *in Rational.* Forc. *Cupid. iurisperito C.* 17. *n.* 8. Leon. 5. *Emend.* 8. *n.* 6. Vult. 1. *Disc.* 6. Paslador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. §. 1. *n.* 8. & 9. Et hic quidem adscripto loco ex Seneca *ad Lucil. Epist.* 49. sed & *d.* §. 1. de actionis editione sermo est, cum qua nihil commune habet editio rationum. Nec apte dicuntur produci rationes, aut instrumenta, sed proferri Duar. & Balduin. *d. loc.* (quod posterius tamen Rob. *d. loc.* refellit) Quin & rationum editio perspicue ac a capite fieri debet, *L.* 10. §. 2. *h. t.* Quare summatim, in adversa charta scripta parum proficiunt, Forc. *d. loc.* Potant quoque Duar. & Balduin. adversarium pro tabulis, unitatis numero, Latine non dici. Quod etsi agnoscat Rob. *d. C.* 13. volens alterum locum Alc. 8 *Parerg.* 7. typographi incuria depravatum. Attamen Henr. Salmuth. *in not. ad Pancirol Lib.* 1. *Memorab. C.* 1. hac quoque acceptione singulari numero reperiri contendit. (De tabulis istis quotidianis & unde dicta adversaria vid. Alc. 1. *Parerg.* 24. & *dd. loc.* Cuiac 8. *Obs.* 15. Coras. 1. *Misc.* 18. Langlæ. 4. *Semestr.* 5. *pag.* 203. Vult. *d. disc.* 6. Marc. Lycłama *Lib.* 2. *Membranar. Eclog.* 15 Male Govea. 2. *Var. Lect.* 14. legit aversaria. Ita enim infiniti probatorum actorum loci corrigendi forent) Pars ergo adversa significatur, loco reus productus ad album, id est, matriculam prætoris Duar. *d loc.* vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 25. *N.* 16. Et Revar. quidem *d. C.* 4. album formularum intelligit, quasi aliud fuerit ab albo edicturum. Cum formulas publice expositas a prætore fuisse testetur Cic. *pro Roscio*. Sed Vult. *d. C.* 6. duplex album non agnoscit, verum in eodem & edicta & actiones ac interdicta relata fuisse. Quod magis est; Veteres autem Codices pro *ad album* habuere, *ad alium* nullo sensu idoneo, teste Politiano *Miscel. C.* 82. & Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 10.

2) Et hoc ex constitutione Iustiniani eum olim quoque voce ederetur, dictante actore, Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. Zoan. *ibid. n.* 3. Sich. *ad d. auth. offeratur n* 3. Asin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 10 *n.* 2. excepta conventione illustrium *L. ult. D. de priv. delict. L. quoties* 7. *C. de dignit.* Azo *in Summa C. h t. n.* 12. Hinc interpretibus libelli editio pro editione actionis. Differt tamen actio, etsi pro formula sumatur scripto comprehensa, a libello qui est scriptura continens ac exhibens formulam *L.* 1. §. 1. verbis *libello complecti h. t.* vid. Zoan. ad *d. L.* 1. *n.* 1. Vacon. 6. *Declar.* 78. *n.* 9. Etsi contra Obrecht. *de Concip. libell. C.* 2 *n.* 7. In ordinariis itaque iudiciis libellus in scriptis offerendus iure communi *d. auth. offeratur Cap.* 1. *extra de libel. oblat. C.* 11. *de probat.* Fac. *Nov.* 83. *pr.* quod de substantia libelli esse tradunt Sich. *d. n.* 3. Asin. *d. n.* 2. Sneidvin. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 99. Lanc. Coorad. *de Off. prot. in causs. civilib. v Libellus n.* 7. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 19. Coler. *Decis.* 111. *n.* 1. Et DD. alii passim ut nec rigori iuris satisfieri putent, si actor coram iudice actuario dictet libellum, & is in actis scribat; non tamen ita in scriptis oblatum censeri vid. Marsil. *Sing.* 364. Scaccia *d. n.* 19. Asin. *d.* §. 4. *Cap.* 5. *n.* 1. Sed huic quidem scrupulositati usus iudiciorum in pluribus curiis derogavit, Sneidvin *d. n.* 99. Speckan. *Cent.* 1. 63. *n.* 3. Et iure Saxonico libellus oretenus dictatur iudici, vel ab eo deputato iudicii notario, cui pari modo reus respondet, Coler. *Dec.* 111. *per Lib.* 2. Landr. *Art.* 3. Quod nec arbitrarium apud nos hodie, sed necessarium ex *Nov. Elect. Sax.* 1. *p.* 1. Iacob. Schult. *Obs. forens.* 1. *n.* 4. & *Obs.* 2. *n.* 1. obi inquirit, num brevibus actor se ad libellum antea pro citatione obtinenda emissum referre possit. Quod negat, quia forma ad unguem observanda, &c. itaque iudicatum in Curia provocationum testatur *ibid. n.* 30. Contra tamen Lipsiæ aliquando pronunciatum, vid. Reinh. Rosa. *Addit. ad Moll. Nov. Elect.* 1. *P.* 1. *n.* 9. In summariis vero caussis libellum non requiri tritum est, *Clem. sæpe* 2. *pr. de V. S.* Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 9. *n.* 12. Scaccia 1. *de Iudic.*

53.

bellum offerret ei, quem in ius vocat. *Auth. offeratur, C. de lit. contest.* hoc intelligi ad actionis, & omnium instrumentorum, de quibus edixit prætor, editionem satis erat, si ut instrumentum, sic actio res esset certa, quæ incurreret in oculos. Nunc autem ea incorporalis res est, quæ intelligitur tantum, non cernitur, ac talis futura est, qualis erit eius conceptio.

II. Propterea hoc quæritur, quo modo oporteat actionem libello concipi, ut, si-

cut prætor exigit edita videatur. Aiunt imperatores in *L. edita, C. eod* edita actio speciem futuræ litis demonstrat. Quanquam imperatoribus aliud propositum est eo loco, quam ut rem hanc de qua quærimus definiant, ut ex interpretatione eius legis, quam subieci intelligi potest; tamen si vere illud dictum est, actionem editam speciem futuræ litis demonstrare, licet ita definire. Tum demum recte actionem editam videri, cum ita concepta in libello, & edita est, ut 3 ima-

53. Iacob. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 10. *& seqq.* Ubi usque ad *n.* 264. caussas huiusmodi 150. enumerat. Sed & plures caussæ, in quibus vel personarum vel rerum ratione libelli solemnitas remissa, repetiuntur. Quas percenset Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 6. *n.* 5. *& seqq.* Ioh. Pels *Processf. Tit.* 20. *n.* 14. *& seqq.* plenissime Asin. *Prax.* §. 4. *C.* 3. 80. casus referens. Sed & de caussa summariis forsan quædam *infra Lib.* 24. *C.* 5. dicemus. In illis tamen qualis qualis petitio simplex narrationem facti apertam continens omnino exigitur, tum ut iudex sciat, quid agere debeat, tum ut adversarius consultare possit, an lis subeunda sit. Unde etsi ad validitatem processus non requiritur libellus, tamen omni solemnitate remissa simplex petitio omitti nequit, cum iuris sit naturalis, vid. Maranta *d. n.* 12. Rosbach. *Processf. Tit.* 33. *n.* 16. Gravat. *ad Pract.* Vestrii *Lib.* 5. *C.* 1. *n.* 10. Scaccia *d. Cap.* 53. *n.* 11. Asin. §. 3. *C.* 4. *n.* 8. *&* §. 4 *C.* 1. *n.* 3. Sfort. Odd. *de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 35. *Artic.* 1. *n.* 6. Iac. Schult. *d. Obs.* 3. *n* 270. *& seqq.* Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 28. *n.* 2. *& seqq.* Nisi ubi aliunde facti cognitionem iudex habere possit ex aliis deductis, Asin. *d.* §. 3. *C.* 6. *n.* 3. Meichsn. *de Decis.* 28. *n.* 22. *ac seq.* Quod in iis caussis admitti potest, in quibus ratio edendæ adversario actionis cessat. Offerendus autem libellus adversario quoque non petenti, Rosbach. *Processf. T.* 33. *n.* 9. Nam agentem sine libello iudex ex-officio reiicit, vid. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 60. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 10. *n.* 2. Ideoque nec conventione partium omitti posse, nec tacite, non petendo, nec expresse, crebrius obtinuit, vid. Asin. *Prax.* §. 4. *C.* 6. Sich. *ad d. auth. n.* 4. qui aliam rationem scribit esse iurisiurandi calumniæ quod non ita sit actus substantialis iudicii, Io. Pels *T.* 20. *n.* 13. Obrecht. *de Libell. C.* 6. *n.* 4. quia inquiunt, etiam iudicis gratia offerendus, ut secundum eius tenorem sententiam ferat. Et ita quidem est, eaque ratio efficit, ut iudici ipsi omnino exhibeatur libellus initio, quo speciem litis futuræ ipseque cognoscat. Monach. *Pract. iudic. P.* 4 *initio* Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 9. Speckhan. post alios *Cent.* 1. *Q.* 63. *n.* 1. *& Q.* 46. *n.* 47. Unde caussæ expediendæ conducere scribit Obrecht. *C.* 4. *n.* 5. ut duo libelli offerantur iudici, quorum alterum actori exhibeat, alterum ad acta ponat. Pacto itaque partium non efficietur ne iudici fiat editio. Ast quin sibi invicem remittere eam partes possint quid impedit? Speckhan. *dd. loc.* Quomodo Bover. *Sing.* 31. *n.* 14. solemnem libellum in scriptis posse ita omitti, modo petitio aliqua interveniat, & in actis scribatur. Ac communem opinionem vocat Lanfranc. *in clem. sæpe* 2. *v. libellus de V. S.* referente Christ. Wintzlero *Addit. ad Processf.* Pels *d. n.* 13. Quæritur; Cuius expensis datur? Ex crebriori sententia actoris, Maranta *P.* 6. *Membro iudicii* 3. *n.* 2. Asin. *Praxi.* §. 5. *C.* 3. *n.* 1. Io. Pels *Processf. Tit.* 25. *n.* 13. Sigif. Scaccia 1. *de Iudic.* 100. *n.* 10. Speckhan. *d. Quæst.* 64. *n.* 51. Alii tamen ubi consuetudo Curiæ non adversatur, quæ cum primis attendenda, sumptibus Rei, cuius gratia fit editio, vid. Sich. *ad d. auth. offeratur n.* 11. Wurmser. *Tit.* 9. *Obs.* 10. Obrech. *de Libell. C.* 4. *n.* 5. Hanc contentionem dum Ilico Ummius *Disp. Processf* 6. *Th.* 9. 42. hac distinctione dirimi putat, ut reo sumptus sustinendi sint, si temere iudicium subeat, actori vero si iuste iudicium accepit reus, statum quæstionis non attendit. Nam hic quæritur, cui hi sumptus initio, dum caussa præparatur & instruitur, faciendi. Uter vero iuste litem foveat sententia demum patefit. Quin & reus qui iuste quidem contradixit, succubuit tamen, etsi in expensas adversario non condemnetur; quas tamen ipse erogavit, non recipit. In summariis sane ubi scriptum libellum offerri non necesse est, si petitionis voce prolatæ, & ab actuario consignatæ, exemplum petat reus, ipsius sumptibus edi docuit Maran. *P.* 4. *Dist.* 9. *n.* 15 Scaccia 1. *de Iud.* 53 *n.* 9. An & quando libellus die feriato exhiberi possit, notabo *infra Lib.* 24. *C.* 7. De significatione vocis libelli & varia eius acceptionibus in iure, ne prolixior sim, consule Obbrech. *h. Tr. C.* 1. *n.* 10. Monach *Pract. p* 4. *C.* 1. Pels *Processf. Tit.* 20. *n.* 6. P. Frider. 1. *de Processf. contrahend.* 2. *n.* 2. & omnino Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. p.* 5. §. 2. *n.* 1. Suavis vero & festiva notitio Scacciæ 1. *de Iud.* 50. *n.* 4. quod dicatur a libra, quia ius dicens debeat gestare stateram in manibus, &c.

3) Vid. Don. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5. Unde Libellum etsi alii varie describant, quod referre operæ non videtur, definit Obrecb. *de Libell. C* 2. quod sit verborum conceptio brevis & aperta futuræ litis speciem in iudicio proponens; *Brevis per sen. L. ult.* §. 1. *C. de appell.* ut necessaria solum contineat, non superflua. Quæ præsenti negotio accommodata atque ad caussam illustrandam pertinent eamve probabilem reddunt *C. examinata* 15. *de iudic.* de quo belle Vigel. *Lib.* 3. *Instit. fori C.* 4 Obrech. *C.* 11. *n.* 30. quos vide. Digressio sane omnis non respuenda, sed si brevis, nec longius a proposito deducat, si utilitati caussæ deserviat nec ociosa sit, Vigel. *d. Lib.* 3. *C.* 7. Ast valde vulgo peccatur, dum quævis facti circumstatiæ ponuntur, sæpe supervacuæ, quæ caussam obscurant, graviorique probatione onerant, Obrech. *d C.* 11. *n.* 37. Et utinam quam tritum illud: *gaudent brevitate moderni*, tam etiam frequentaretur. *Aperta*, seu dilucida ac perspicua, ut rei gestæ ordine servato res exponatur, & ut quodque prius posteriusve gestum, ita referatur, cum initium cuiusque negotii spectandum sit *L.* 8. *pr. Mand.* Quod exemplo declarat Obr *d. C. n* 11. *n.* 32. *& seq.* Ac etsi copia nimiusque ornatus verborum, ad aures demulcendas oratori magis conveniat, verbis tamen hic studendum propriis, usitatis, non obsoletis atque incognitis. Nec quod Crassus apud Cic. 2. *de Orat.* ait. *Confusa sit ac perturbata oratio, quæ non lumen rebus sed obscuritatem & tenebras adferat;* vid. Vigel *d Lib* 3. *C.* 9. Obrech. *d. C.* 11. *n.* 34. *& seqq.* Clarus itaque sit, ac certus libellus, nihil ambiguitatis aut obscuritatis continens *d. L. ult.* §. 1. *C. de appell. Nov.* 107. *C.* 1. *C. constitutus* 6. *de relig. dom. C. litteræ* 3. *de dilat.* Certamque habeat petitionem, ut sententia quoque certa ferri possit, nec generalis sit, unde obscuritas *L.* 7. *comm. præd C. venerab.* 8. *de confir. ut vel inut.* Obscuritas autem libelli quintuplex vulgo statuitur Nempe ex sermone (1 ambiguo (2) generali (3) disiuncto vel alternativo (4) non coarctato (5 indefinito, Marc. de Mantua *Singul.* 93 & 521. Speckhan *Cent.* 1. *Q.* 64. *n.* 20. *& seqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 18. Sed posteriores duo modi ad secundum commode referri possunt, ut ibidem addit Scaccia *ibid.* (6) modum ex sermone contrario per *L.* 188. *d. R. I.* Fac. *L.* 1. *C. Si serv. extero & simil* Coler. *ad C.* 2. Iunct. *C dilecti* 8. *extra de excep. n.* 42. Hinc exceptio obscuri, generalis, alternativi libelli. Qua obiecta, reum ab impetitione absolvi, actoremque in expensas damnari, tradunt post alios Speckhan *d Q.* 64 *n* 4 Obiici autem debet hæc exceptio in primordio litis. Nec post litem contestatam auditur, quia dilatoria est, ac litem contestando se obstrinxit reus ad prosecutionem caussæ. Coras. *SC. Tolos.* 29. Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 6. Receptum enim est ut libellus obscurus, non contradicente initio adversario, admittatur in caussis civilibus, per *L. ult.* ibi *licet generaliter C. de non. exc.* Maranta

imaginem & formam futuræ litis demonstret. Idest, quæ ita est concepta, ut ex eo scire possit reus, qua de re sibi lis, & certamen cum adversario futurum sit, ut proinde, quod est in *L. 1. D. eod.* possit iam initio statuere, utrum cedere, an contendere debeat: Et si contendendum putet, veniat instructus, quo modo se adversus petitionem tueatur. Id consequitur actor formula actionis, si tria 4 comple-

ranta *P. 6. D. h. t. n.* 22. Gail, 1. *Obs.* 62. *n.* 11. *&* *Obs* 66. *n* 6. Scaccia *d C.* 50 *n* 13. *ac sequenti* Bover, *Sing.* 31. *n.* 12. Marsil *Sing.* 348. Mant. *Sing.* 93 Speck. *d.* Q. 64. *n.* 5. quia, ait, dum tacuit, videtur perspexisse quid peteretur, vel ius deliberandi sua sibi negligentia præcidisse. Quod tamen impugnat Petr. Gerard. *Singul.* 4. *n.* 11. *& seqq.* (1) per *L* 6 *in fi. v. debebit de R. V.* Nam cum ea L. det formam, non servata forma, actus nullus. (2) Omissa forma legis & ordine iuris consensus partis nil operatur. (3 Alias teneretur iudex ferre sententiam incertam. Ad *d. L ult* Resp. Gerard. *n* 7 *& seq* loqui eam de interrumpenda præscriptione, & ita de libello citatorio. Quælibet autem citatio, sit, generalis quoque ac indiscreta interrumpit præscriptionem. Quomodo & Vacon. *ut h C. N.* 9. *circ. med* In quo ipso tamen (de citatione obscura) alii non consentiunt. vid. Suid *Decis.* 5. *n.* 4. *& seq.* Et recepta opinio declaratur ut satis sit, si in processu caussæ libellus expliceur, Maranta *d. n.* 22. Quod & iudex post acceptum iudicium ex officio iniungere potest, Speckh *d.* Q 64. *n.* 7 Asin. *de Executionib.* §. 3 *Cap* 100 ne nisi declaretur eum reiicere partu non petente. Asin. *d.* §. 3. *Cap.* 64 Eo autem ipso quod declarari petitur libellus obscurus is approbatur. Mantua. *Sing.* 93. *&* 273. Quare cautius est, ne reus interpretationem obscuritatis exigat, sed dicat se ad respondendum non teneri & ab instantia absolvi debere Gail 1. *Obs.* 64. *n.* 12. Coler. *ad C.* 2 iunct. *Cap. dilecti* 8. *supr. de exception. n* 40 Ioan Pels *Processf. Tit.* 26. *n.* 8 *ubi n* 9. Christoph Wintzler *in addit.* cautelam hanc reprobat. Certis denique casibus huic exceptioni nec initio locus. Veluti (1) in caussis summariis Scaccia 1 *de iudic.* 50. *n.* 15. Maranta *P. 6. h tit n.* 24. Nisi obscuritas tanta, ut facultatem deliberandi auferat reo. Tunc enim eo opponente non valet libellus, ne defensio ipsi adimatur, ne quidem si sola facti veritate inspecta procedatur. Maran. *d. loc.* Scaccia *d C.* 50. *n* 17 Asin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 2. *n.* 3 *&* 4. (2) Si obscuritas non in principali intentione, sed quibusdam adiectis Maran. *d loc. n.* 22. (3) Si in quolibet sensu plurium interpretationum ambiguæ locationis intentio agentis teneat, Maran. *ibid.* Ac in specie alternativus libellus recipitur, si illa incertitudo ex facto alieno, sive eventu dependeat: Veluti: peto declarari rem meam iure dominii, vel quasi contractum nullum, & si quis sit, eum rescindi. Peto rem vel æstimationem, factum vel interesse. Cuiusmodi libellos usu notissimo iudiciorum admitti, adeoque iure etiam subsistere, cum videatur peti eo ordine ac modo quo iure licet, docet Mynf. 4 *Obs.* 2 add. idem 2. *Obs.* 42. Wurmser 1. 9. *Obs* 1. Gail 1. *Obs.* 62. *n.* 4 *& seqq.* Pinel. *in L.* 2. *C. de Resc. vend p.* 3 *Cap* 3 *n.* 8 *& seqq.* Speckhan. *d.* Q. 64 *n.* 36. *& seqq* Meichsner *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 21 *n.* 7 Et in obligatione disiuncta, quoties electio debitori competit, petitio non pure proponenda, sed eo modo quo debetur, alias plus caussa petitur. §. 33. Vers. *huic a. I. de act.* *L* 75. § 8 *de V O.* Obrecht. *de Concip libell. Cap.* 19. *n.* 34. *& seqq* Unde in condictione ex *L.* 2. *de resc. vend.* consultius est, ut alternative concipiatur libellus, etsi in Camera petitio pura de re redhibenda admissa fuerit, sententia disiunctim concepta, Gail. *d. Obs.* 62. *n.* 10 Mynf. *d Obs* 42 *n* 5 vid. Pinel. *d. loc.* De libello generali & incerto vid *h. C. N* 5. Ob contrarietatem ut vitietur & quibus modis sustineatur, vid. Menoch 2. *Præsum.* 41 Variæ divisiones libellorum apud formularios. Solemniores duæ: (1) a caussæ genere. Alius civilis, qui conventionis *L. ult. sub fin C. de ann. exc. Nov.* 53 *Cap.* 3. reclamationis *C.* 1. *de lib. oblat* alius criminalis, qui accusationis *L.* 17. *C. de accu.* & inscriptionis *L.* 3 *pr. &* § 1. *D de accus* *L.* 2. §. *ult. de adu.* usurpatur. Obrech *C.* 2. *n.* 10. *& seqq* Qui aliis Querimonialis Rosbach *Processf. Tit.* 33 *n.* 5 (2.) a modo concipiendi Alius absolutus continua orationis serie factum complectens, qui & simplex ac summarius; alius articulatus seu positionalis certis ac distinctis enunciatis, quæ articuli & positiones dicuntur, circumstantias facti singulatim delineans, Obrech *d. C.* 2. *n.* 14. Vult. *ad pr. I de act. n.* 47. Frider. 3. *de Mandat. iudic.* 9. Rosbach. *Tit.* 33. *n.* 2. & alii. Licet autem nonnulli formam articulati expeditiorem censeant, Coler. *decis.* 118. Ventura de Valentis & ab eo citati *Parthenii litigiosi Lib* 2. *Cap* 13. *n.* 18. Ioan. Pels *Processf. Tit.* 20. *n.* 32 *ac seqq* Unde is pluribus curiis, supremaque imperii *Ord. Cam. P.* 3. *Art.* 12. frequentatur. Eo tamen sæpius intricari magis, quam extricari negocium, ut difficilius perspici queat quis totius negocii principalis status, quæ quæstio principalis, quæ accessoria, queritur Vigel. *Lib.* 3. *Instit. fori C.* 1. *p.* 248. Eumque D Augustus Sax. Elector *Nov. sua* 2. *p.* 1. & foro plane exterminavit & iudicis officio reiici iussit. Et iuste quidem inveterato iudiciorum fori Sax. usu ita obtinuisse contra Fachs. & Henning. Goden. adstruit, Ia. Schult *Obs. forensi* 4. Formulam libelli articulati eiusque expositionem pete ex Obrech. *de Conc. libell. C.* 17. & Io. Pels *Processf. Tit.* 21

4) Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 25. Tria, ait, principaliter continere debet. Factum seu causam obligationum, quæ ex facto, seu iuris vinculum, & actionem, quæ inde oritur. Rosbach. *Processf. Tit.* 33. *n.* 24 Tria substantialia: Narratio facti, medium concludendi, & ipsa conclusio, add. Sneidwin. *ad* §. 1. *I. de act. n* 106. Obrech. *de conc. libell. Cap.* 2. *n.* 10. *&* 20. Tres partes: Caussa petendi formæ; rei narratio materiæ; & petitio finis rationem habens. Vulgo quinque requisita statuuntur, quæ in hoc disticho:

Quis, quid, coram quo, & quo iure petatur, & a quo
Recte compositus quisque libellus habet.

Maranta *P. 6. h. t. n.* 4. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 50. Obrech. *Cap* 11. *n.* 1 Scaccia 1. *de iudic.* 50. duas partes substantiales cum Papiensi statuit: Narrationem facti, cuius 5. requisita, ut relato disticho. Et petitionem, sed ex stilo forensi plura requiri posse. Et Donellus quoque ad *L.* 3 *C. h. t. n.* 6. quinque requirit: Personas, rem, causam, petitionem & genus actionis, P. Gregor. 48. *Synt.* 5. *n.* 6. *&* 7. Compositionis 4. partes principales: (1 Epigraphe, nomina litigatorum & iudicis ac in quo genere caussæ petatur, exhibens. (2) Expositio negotii, etiam omisso actionis nomine. (3) Caussa petitionis. 4 Conclusio Enimvero Libellus Iurisconsultorum item practicus ac iudicialis, Syllogismus nuncupatur, Io. de Amono *Pract. iudic. Cap.* 27. *n* 2 Wes. *Parat. h. t. n.* 3. Coler. *ad C.* 2. *& C. dilecti* 8. *extra de except. n* 38 Obrech. *C.* 11. *n.* 25. Io, Pels 6. *Tit.* 20. *n* 29. Vigel. 3. *Instit fori* 2. qui formam substantialem eiusdem statuit argumentationem, quæ vel perfecta, ut Syllogismus, vel imperfecta ut Enthymema. Ast si totius libelli structuram spectemus. Continetur ex primo exordium. Quod exhibeat nomina (1). Iudicis, cuius proprium nomen exprimi necesse non est, sed compellari eum usitatius est officii dignitatis vel iurisdictionis nomine, quia agitur coram eo, tanquam Magistratu, vel publica potestate prædito. Et ex Magistratu quis notus pluribus, quibus nomen eius ignotum, ac ex officio magis nosci personam quam ex nomine probat *L. pen. de Reb. Dub.* Sneidwin *in* §. 1. *I de act. n.* 120. Maranta *P. 6. h. Tit. n.* 8. Scaccia 1. *de iudic.* 50. *n.* 3. Ioh. Pels *Tit.* 21. *n.* 4. Obrech *de Concip. libell. Cap.* 11. *n.* 10. Speckhan. *Cent* 1 Q. 64. *n.* 12 (2) Actoris, quod omnino necesse, quando alieno nomine agit, non utique quando suo, ut post Bald. *in L.* 3. *C. h t* & DD. Pels. *d. Tit.* 21. *n* 4. Obrech. *d. loc. n.* 13 & Speckhan. *n.* 13. Et illic quo nomine, ac num in rem suam vel alterius agat, uno dicat Sicuti & Prælatus ac Syndicus in civilibus libellum concipiunt nomine Ecclesiæ, Collegii, vel Universitatis. Foller. *Addit. ad Marant. hoc tit. n.* 6 *&* 7. Pels. *d. loc n* 8. Scaccia *d. Cap.* 50 *n* 22. Et actor a tutore, eove auctore, constitutus nomine pupilli *ibid. n.* 8. Quid in tutore infantis, & alio curatore, furiosi, aut adulti, vid Pels *d. loc. n* 6. *&* 7. Nec refert in prima an tertia persona, an impersonaliter nominetur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n* 15. Fac. *L.* 2. *C de Const pec.* (3) Rei, qui si certus, quandoque nominis demonstratio alia adiicienda, Obrecht. *d C.* 11. *n.* 17. Pels *d. loc. n* 9. Etsi contra plures agitur, ut singulos, ex obligatione com-

plectatur: Rem quam petat: Caussam pe- tendi: Et genus seu titulum actionis, quo se

Tom. VI. D 2

communi, omnes initio designandi nominatim, non vero appellatione consortum, licet id in progressu caussæ admittatur, vid. Obr *d. C.* 11. *n.* 10. *&* 20. Pels. *d. loc. n.* 10. Quod si universitas conveniatur præsidentium, vel Magistratuum officia exprimi sufficit, Pels. *d. loc. n.* 11. Obr. *n.* 21. *& seq.* qui & Syndicum nominari posse censet. Et ubi Ecclesia convenitur, concipi debet contra Prælatum nomine Ecclesiæ, Scaccia *d. C.* 50. *n.* 23. Foller. *ad Marant. h. t. n.* 9. In caussa eius qui a tutore vel curatore regitur, si infans, vel furiosus, designandus tutor vel curator, ut talis. Alias ipse pupillus vel minor & una tutor. Foll. *d. loc. n.* 10. Scacc. *d. n.* 23. Si incertus reus, sufficere si facti species aliaque commode proponantur scribit Obrecht. *d. C.* 11. *n.* 24. & Speckhan. *d. Q.* 64 *n.* 14. *per L.* 11. §. 3. *de instit. act.* Atque hæc quasi substantialia exordii. Sunt & alia, quæ accedunt eidem, nec adhiberi ea semper necesse est, expedit autem nunc his, nunc illis uti, prout res exegerit. Veluti: (1) Captatio Benevolentiæ, & attentionis, quæ tamen oratores magis decent, de quibus Cic. *Partit. orator. Dial.* 3. Nec nimis curanda Iurisconsultis, aut iudex ad invidiam miserationemve concitandus, Arist. 1. *Rhetor.* 1. Vigel. *Lib.* 3. *Inst. fori C.* 1. *&* 3. Obrecht. *d. C.* 11 *n.* 3. *&* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 15. (2) Protestationes & clausulæ adponi solitæ. Varias enim DD. commenti sunt cautelas quibus a fronte & tergo muniretur libellus, ut ait Obrecht. *C.* 9. *n* 3. Vulgo salutares item salvantes clausulas nuncupant. De quibus nos summatim, non ex iure certo, cui ignotæ sunt, sed interpretum & formulariorum traditis. Eiusmodi in exordio ante expositionem caussæ: (1) Protestatio de non consentiendo in iudicem, nisi quatenus iure tenetur & de non proroganda iurisdictione Vigel. 3. *Inst. fori* 3. Io. Monach. *Pract. P.* 4. *C.* 8 *n.* 1. usitatissimam vocans, sed quæ in Camera attendatur (2) Quod se adstrictum nolit ad probationes non necessarias. Hac effici volunt, ne plura probare teneatur, quam quæ statum caussæ concernunt: cum, ea omissa, omnia in libello, etiam per modum qualitatis ac incidenter deducta probanda sint, & ni probentur, actor succumbat, ita vulgo per *L. habebat* 13. *pr. de inst. act. C. licet caussam* 19. *de probat.* Maran. *P.* 6. *h. t. n.* 27. Sneidvin. ad §. 1. *I. de act. n* 121. Monsch. *d. C.* 8. *n.* 3. Rosb. *Process. T.* 35. *n.* 4. *ac* 5. *seqq.* Scacc. 1. *de Iud.* 50. *n.* 28. Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 97. *&* 2. *seqq* Ayrer. *p.* 1. *C.* 4. *Obs.* 6. *n.* 31. *& seq.* Trentacinq *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Probat. Resol.* 8. *n.* 6 Mart. Nigrin. *de Protest. v. Testatio n.* 31. *& seqq.* add. Schuf. *Cent.* 3. *Consil.* 84 *n.* 8. Obrech. *de Conc. libell. C.* 16. *n.* 3. *& seqq.* ubi *n.* 6. ea parum sibi prospicere actorem, cum iudicis sit dispicere quæ probanda sint *L.* 3. *de testib.* adde Rittershus. *Com. ad Salvian. Lib.* 1. *de Gubernat. Dei pag.* 49. Et Bald. *ad Leg.* 5. *C. de lib. Ca.* protestatione hac nihil agi, cum probatio a iuris necessitate sit, non in agentis arbitrio. Cui alii regerunt, quod merita quidem caussæ concernens probatio hac ratione declarari nequeat, sed eorum quæ ad statum caussæ non pertinent, ut circumstantiæ facti externæ. Ad quorum alias confirmationem proponendo se obligasse videretur. (3) In iudiciis Saxoniæ subnecti proxime solet, qua actor reservat sibi arbitrium desistendi a probatione si quæ iniungetur, reique iuriurando litem eiusve partem committendi *Die gantze Klag oder zum theil in der Beklagten gewissen Wissenschaft und Wolbewust zu schieben.* Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 11. Sneidvin. *d. n.* 125. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 67. *n.* 11. Nigrin. *d. v. Testatio n.* 28 (4) Non in modum solemnis libelli, sed simplicis facti narrationis, ac qualis qualis petitionis. Cuius sane in ordinario iudicio nulla utilitas, cum non liceat privato actori ordini iuris derogare, Wesen. *Par. C. de form. sublat. n.* 7. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 2. Nigrin. *de Protestat. v. Testatio n.* 27. Dissentire videtur Asin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 4. *n.* 5. Quin imo quando caussa requirit solemnem libellum, & is quidem oblatus omnia substantialia complectens, clausula hac adiecta non procedi, ceu super petitione inepta notat Petr. Gerard. *Singul.* 40 Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 31. Quia talis protestatio arguit, quod non habeat actor petitionem pro solemni. Unde consulunt ut addatur: nisi ubi & quatenus solemnis libellus requireretur. In summariis autem huius usus esse potest, tunc quando de eodem negotio ordinarium iudicium institui posset. (5) Se nihil convicii vel iniuriæ caussa dicturum, sed secundum ius & rei gestæ veritatem. Quæ tamen iniuriarum actione non omnimodo liberat, si postea verbis iniuriosis falso utatur, vid. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 9. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 4. Denique peti solet ut libello respondeat reus, litem contestetur, iusiurandum Calumniæ præstet, & in articulato libello, ut singulis positionibus per verbum credit, aut non credit respondeat, sub præstando iuramento. Usitatissimum quoque ut initio reservet sibi actor omnia beneficia, quæ iure actori competunt. Quæ quidem in formulariorum exemplis passim inserta, ast de eorum operatione nihil tractatum ab illis reperio, præterquam a Martino Nigrino (in quem his iam compositis incidi) *Tract. de Protestationibus v. Testatio n.* 24. *& seq.* Qui ea salvari scribit beneficia tum specialia, seu privilegia, tum generalia veluti dotis & favorabilium causarum Secundo expositio caussæ ac negocii vel litis. Cuius substantiale est ipsa argumentatio Iuridica. Ubi maior propositio caussam petendi ex iure desumptam; minor narrationem facti complectitur, inferens in proposito illam caussam subesse, quæ, uti medium concludendi, bis ante conclusionem ponitur, nec eam ingreditur Obrech. *Cap.* 11. *n.* 25. *& seq. & Cap.* 12. *n.* 3 *& seqq.* Et structuram quidem & formam Syllogisticam libellum concepturus initio ut spectet, ac ad eam oblatam speciem revocet, oportet ut fundamentum libelli ac medium concludendi percipiat, vid. Obrech. *Cap.* 13. *n.* 1. Ast in conceptione ordinariam *συμπλοκὴν* stricte servari non necesse est, quin sæpe propositiones inverti solent. Equidem si maior propositio aut caussa petendi, (intellige, quatenus in iure posita est, nam & minor vere caussam petendi habet in facto positam, ex quo ius oritur & quod ad ius adoptatur) dubia: retineri *συζυγίαν* legitimam expedit, quia ita fundamentum libelli & caussæ, *κρινόμενον*, melius iudex percipiet. Sed si caussa ista petendi, aut maior propositio nota iudici, a facti narratione, seu minore præsertim, si in ea *κρινόμενον* consistat, auspicari convenit, Vigel. 3. *Instit. for.* 6. *in fin.* Obrech. *Cap.* 13. qui exemplis declarat. Sed & ubi maior propositio plane certa, omitti ea; & libellus in forma Enthymematis proponi potest: quia tunc totius controversiæ certamen in facti narratione, non in iure petendi, consistit: ut tamen Enthymematis non antecedens solum, sed & consequens existimetur, subnexa petitione, vid. Obrech. *Cap.* 15. Utraque vero propositione posita conclusionem Syllogismi attexere necesse non est, sed loco eius petitio poni potest, etsi quandoque utramque coniungi expediat, Obrech *Cap.* 14. *n.* 1. *&* 2. Confer. Vigel. 3. *Inst. fori* 2. qui argumentationis libellaris Syllogisticæ & Enthymematicæ, ac utriusque rectæ ac inversæ, 13. in universum formas percenset. Sed complectitur quoque libellus exceptionem replicationum & deinceps in quibus interdum conclusio præmissis anteponitur, ceu exemplis postea *Cap.* 10. declarat. Id vero in actionis libello inconcinnum foret. Enimvero res petita & caussa petendi uti hic Donellus sumit, semper in minore propositione ponuntur. Quæ & in Enthymemate rarissime ac fere nunquam omitti solet. Quin medius terminus etsi in syllogismo integro in utraque propositione ponatur, in minori tamen ubi (in perfectiori prima figura, ad quam reliquæ reducuntur) solum locum prædicati habet, magis conspicuus & inde vis potissima illationis. Ex. gr. Qui vendidit pretio accepto, mercem tradere debet. Tu vendidisti ac pretium persolutum est. Ergo: Hic medius terminus: quia vendidisti, magis conspicuus in minore quam in maiore. Unde illa omissa ceu nota & subintellecta, illatio Entymematis firma. Non autem illa posita, hac omissa sic: Qui vendidit, &c. Ergo, tu mihi tradere debes. Conspicue ergo & ignoratione Logices labuntur, qui medium terminum cum maiori propositione confundunt, ac a facto seu assumptione secernunt ac seiungunt, Ilico Ummius *Disp. process.* 6. *th.* 11. Qui inde seducti videntur quod Obrech. (quem sectari volunt) *C.* 11 & in. *passim* maiorem propositionem caussam petendi vocat. Quem etsi si pariter errasse non credo, cum *d. Cap.* 11. *n.* 26. dicat medium concludendi bis poni & ita in utraque præmissa. Satius tamen fuerat exponere quomodo caussa petendi in maiore, quomodo item in minore, &c. Neque enim caussa actionis sive *αἴτιον τοῦ πραχθέντος* de qua Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 50. *& seqq.* diversa est, si quis vere perpendat, a caussa petendi sive medio concludendi. Quæ accidunt huic, alia narrationi coniuncta quæ ei insunt, non necessario tamen, sed contingenter. Veluti: (1) descriptiones præcipuarum circumstantiarum negotii propositi, Vigel. 3. *Inst. fori* 4. Obrech. *d Cap.* 11. *n.* 38. *& seqq.* prout res exigit: Personarum, Ex. gr. Contractum sit cum pupillo, minore, muliere, divite, paupere, infa-

ma

mi, sui vel alieni iuris, Obrech. *d. loc. n.* 41. item an actor cum contraheret, sive a quo caussam habet, fuerit minor, pupillus, &c. Hinc enim fere patet quatenus & quousque actio teneat. Rerum de quo vid. *N. seq.* Loci & temporis. Quæ in criminalibus magis necessario exprimenda (de quo *L. 3. pr. de accusat*, Gail. 1. *Obs.* 64. Myns. 2. *Obs.* 23. Wurms. *Tit.* 9. *Obs.* 2. Obrech *d. Cap.* 11. *n.* 48. quæ, quia non instituti præsentis, omitto) non æque in civilibus. Etsi sæpe expediat. (2) Clausulæ duæ. (1) Quod amice interpellatus antea reus de solutione vel restitutione, sed frustra. Nam licet denunciatio extraiudicialis urbanitatis magis quam necessitatis, quoad impensas tamen, maxime citationis, an ea præcesserit, refert, indeque aliqua huius clausulæ utilitas vid. Sneidvin. *ad §.* 1. *Inst. de act. n.* 122. *& seqq.* Rosbach. *Process. Tit.* 35. *n.* 17. Obrech. *Cap.* 16. *n.* 11. *&* 12. Confer. *supra Lib.* 17. *Cap.* 1. *N.* 3. *& Lib* 21. *Cap.* 2. *N.* 10. add. Rebuff. *in Const. Reg. Proœm Gloss* 5. *n* 158. (2) Salvo iure superflui. Cuius vi pœnam plus petitionis cessare docet Zang. *d. Exc. P.* 2. *Cap.* 11. *n.* 14 Cum qua eadem fere illa: Salvo iure calculi vel plus vel minus, prout probabitur. Cui idem robur tribuunt Socin. & Zas. ut citat Ilico Umminius *Disputat. process* 6. *n.* 56. qui tamen inutilem censet. Verum etsi id dandum, quod eum qui sciens plus debito petit, hæc cautela pœnæ non eximat, idemque quod qui per errorem, etiam citra hanc, iure immunis. Ad hoc tamen saltem utilis, ut ea adiecta facilius inducatur præsumptio erroris. Et abundantiores quoque cautelas opponi expedit ad tollendas pertinacium disputationes, Scaccia 1. *de Iudic* 50. *n.* 36. sed & magnæ efficaciæ illa clausula, hoc tribuens ut rationes errore comperto corrigi possint, Nigrin. *de Protestat. v. Testatio n.* 54. Alia ei accedunt; ut confirmatio & confutatio. Plane non opus est ante responsionem Rei, qua status caussæ apparet, pluribus actionem confirmare. Ast quandoque expedit principali argumentationi rationes præcipuas adiungi, itemque præcipuos obices mature amovere, ut iudici robur causæ citius ob oculos ponatur, Vigel. 3. *Inst. fori* 5 Obrecht *d Cap.* 16. *n.* 43. *& seqq.* Atque hic convenit firmiora argumenta in principio ac fine collocare debilioribus veluti in medium agmen receptis Vigel. *Lib.* 3. *Cap.* 6. Sed & propositioni maiori, quæ ex iure desumitur, accedere possunt, quæ eam confirment vel illustrent, ut si ratio eius iuris constituti proferatur, & quod novissime repetitum sit & confirmatum speciatim, &c. Etsi nimia alta repetitio ridicula, ut si ex testamento agens originem iuris testandi ex L. 12. tab. exponat, Vigel. *d Lib.* 3. *Cap* 4. *&* 6. In ipsa quoque narratione circumstantiæ sæpe, expositionis specie relatæ, probabilem eam reddunt ex. gr. reum homicidii inimicum capitalem fuisse occiso, ei necem minitatum stricto gladio visum eo tempore, &c. Vigel. *d. Cap.* 4. Demum petitio, seu conclusio libelli. Ubi monendum quod hæc alia sit a conclusione Syllogismi libellaris, quæ ad præcedens membrum pertinet ac sæpe non diserte exprimitur, licet semper vi præmissarum tacite inferatur, ubi petitio tamen omitti non potest. Quin si illa inserta, hæc eam sequitur ut declarat Obrech. *Cap* 14. Et hæc ad iudicem directa ac necessaria, cum is officium non impertiat non petenti: Terminusve libelli ac ultimus scopus dicitur, in qua tota vis libelli vertatur, ad quam potissimum respiciendum sit iudici, cum ab ea narratio restringatur, verbaque dubia præcedentia ceu ad lapidem Lydium probari & reduci debeant, P. Gregor. 48. *Synt. supra n.* 7. Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 8. *& ac sequent.* Sneidvin. *in §.* 1. *Inst. de act. n.* 117. *& seq.* Wurmser. *Tit.* 9. *Obs.* 6. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 13. *& seqq.* Meichsner. *Lib.* 4. *Decis. Cam.* 22. *n.* 31. *& seq* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 21. Obrech *de Conc. libell. Cap.* 2. *in fin. & Cap.* 11. *n.* 77. *ac seq.* Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 64. *n.* 34. Quæ caussa petendi omissa, &c. libellum sustineat. Contra si narrationi aptæ petitio inepta subdita, libellus corruat, Obr. *d. n.* 77. Io. Pels *Process Tit.* 21. *n.* 38. Petitioni enim conveniens sit sententia oportet. Ac etsi proposita in narratione, vel argumentatione plus inferrent, si tamen reus minus, aliudve in conclusione petat, iudex de non petito sententiam ferre nequit, Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 81. *per L. ult. C. de fid. lib. & simil.* Sane certas caussas referunt quibus omitti possit: (1) ut in caussis summariis, Scaccia 1. *de Iudic.* 53. *n.* 7. Maranta *P.* 4. *Dist* 9 *n.* 12. Obrech. *d. Cap* 11. *n.* 79. Dissentire videtur Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 87. per *Clem. sæpe* 2. *§. verum d. Verb. Sig.* (2) Quibus iudex officium non imploratum impartiri potest, Io. Pels *Process. Tit.* 21. *n.* 42. Obrech. *d. loc.* Quas fuse percenset Io Bapt. Asin. *Tr. de Exsec.* §. 3. *Cap.* 16. *& seqq.* (3) Possessorio recuperandæ, Sneidvin. *in §.* 1. *I. de act. n.* 119. Asin. *Praxi.* §. 4. *Cap.* 3. *Limit.* 80. *Membr.* 7. *n.* 1. Obrech. *d. loc.* Speckhan. *d. Quæst.* 64. *n.* 35. Dissentit Gilken. *in d. L.* 3. *n.* 88. (4) Spiritualibus, seu Ecclesiasticis per *Cap. ad dissolvendum* 13. *de despons. impub.* Gilken. *d. loc. n.* 86. (5) Criminalibus. Quod declarant Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 18. *& seq.* Sneidvin. Speckhan. & Obrech. *dd. loc.* Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 83. *& seq.* Io. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 40. *& seq.* (6) Quæ coram Principe tractantur, cum eo præsente factum exponitur, quo omnis defectus & solennitas suppletur arg. *L.* 19. *pr. C. de testam.* Sneidvin. Obrech. & Speckhan. *dd.* Io. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 43. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 21. Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 85. Chassanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 112. (7) Cum narrationi adpositum verbum *concquerer*, aliudve vim concludendi habens, Sneidvin. & Speckhan. *dd. loc. n* 91. vel ei subiecta clausula, super quibus omnibus, &c. de qua mox. Addunt, in libello exceptionis. Sed is non huius loci, vid. *supra Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 12. Atque in his casibus quibus omitti potest conclusio, nec inepta adiecta vitiat argum. *L.* 1. §. 1. *C. de rei ux. act.* Obrech. *d. Cap.* 11. *n* 80. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 42. Substantiale huius, apta Conceptio obligationi vel caussæ quæ præcedit congruens, ut petatur, quod cuiusque actionis proprium, Obrech. *Cap.* 11. *n* 73. ne in personam agens petat rem suam declarari, sibi restitui: aut in rem, sibi dari oportere. Utque ex propositis rite concludat ac inferat Gail. *Obs.* 61. *n.* 15 Nec limites actionis excedat: ut si ex *l. diffamari* experturus petat se absolvi a crimine super quo diffamatus, vel se dominum possessoremve pronunciari, Blarer. *ad L. diffam. Cap.* 5. *n.* 27. si exempto agens non ad tradendum sed ad dandum concludat. Burgal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 5. *n.* 73. Si pura obligatio pure petatur, si alternativa disiunctim, &c. Sneidvin. *d loc. n.* 118. vid. *h. C. N.* 3. Et in actione in rem ex duplici caussa duplex petitio, vid. tamen *supra lib.* 19. *Cap.* 14. *N.* 1. *& Lib.* 20. *Cap.* 5. *N.* 2. Dirigenda autem potius ad iudicem quam ad reum etsi melior conceptio, si ad utrumque referatur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 76. Accidunt conclusioni (1) Repetitio & enumeratio, seu ἀνακεφαλαίωσις in narratione copiosius expositorum. Quæ brevis sit oportet, per capita decurrendo, Quintil. *Lib.* 6. *Orat. instit. Cap.* 1. *pr.* nec odiosa, sed cui pondus insit, summam negotii scite contractam ab oculos ponens Vigel. 3. *Inst. fori.* 8. Obrecht. *Cap.* 16. *in fin.* (2) Clausulæ plures ac variæ, quæ nec tamen omnes semper conveniunt, pluresque supervacuo inductæ, at præcidendæ cavillationis ergo non temere adhibentur, Obrech. *Cap.* 16 *n.* 15. Scacc. 1. *de Iudic.* 50. *n.* 36. (1) Qua petitur res cum pertinentiis vel accessoriis sive instrumentis. (2) Cum fructibus perceptis & percipiendis. Nam etsi vocula *restituendi*, omnis utilitas contineatur, unde in petita etiam ista una petita censentur, Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 16. *& seqq. & supra Lib.* 20. *Cap.* 6. *n.* 4. *N.* 2 proinde clausulæ non necessariæ, nisi forte quoad fructus ante litem contestatam perceptos, ad quos se officium iudicis non extendere quidam volunt, aliis tamen reclamantibus ut *d. N.* 2. non inutiles tamen ac inanes, vid. Obrech. *d. loc.* Io. Monach. *Pract. P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 7. Rosbach *t.* 35. *n.* 19. *& seq.* Sicuti & addi solet (3) alioqui & æstimationem fructuum, si non exstant, solvat Obrech. *d. loc. n.* 23. (4) damna & interesse præteriti ac futuri temporis præstet, Obrecht. *d. loc. n.* 28. Monach *d. n.* 7. (5) Cum expensis litis. Quæ etsi petantur, iudex ad eas condemnat necessario, sed libere si velit, Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 18. Scacc. 1. *de Iudic.* 50. *n.* 29. Sneidvin *in d.* §. 1. *n.* 128. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 29. *& seqq.* Rosbach. *Tit.* 35. *n.* 22. *& seq.* Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 64. *&c.* (6) Deducendo omne ius sibi competens & competiturum. De cuius vi in actione reali Rosbach. *d. Tit.* 35. *n.* 9. *&* 10. (7) Petit condemnari reum secundum formam iuris statutorum, consuetudinum &c. De qua Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 8. Trentacinque 2. *Pract. Resol. Tit. de Probat. Resol.* 8. *n.* 5. (8) et legitimis remediis compelli. Quæ efficitur ut executio decernatur, sine nova petitione, vid. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 6. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 126. Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 53. *& seqq.* ubi *n.* 56. inversionem ordinis (exempli gratia, ita: peto compelli & condemnari) non vitiare libellum. (9) Quorum omnium petit cognitionem summariam, Obrecht. *d. loc. n.* 32. Sed huius nullus, opinor, usus in ordinariis per ea quæ supra ubi de exordii clausula 4. (10) Omni meliori modo, forma iuris ac statutorum secundum quod utilius est actors. Ubi si ius commune deficiat, per municipale sustinetur. Obrech. *d. loc. n.* 33. Sed & alios effectus huic clausulæ tribuendo nimiopere liberales videntur pragmatici, vide Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 27. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 9. Rosbach. *d. tit.* 35. *n.* 16. Sixtin. *Consf. Marp.* 21. *n.* 220.

vol.

se experiri dicat. Rem 5 certam ut dicat, exigimus. *L. si rem, D. de rei vind. L. in actione, D. de furt.* Nam neque sine re, quæ petatur, ulla potest esse persecutio rei, neque scire potest reus, utrum debeat necne, quod tanquam debitum petitur, cum id quod sit, non intelligetur.

III. Ut caussam petendi dicat actor, exigimus: quoniam nulla est actio, nisi ex certis & constitutis caussis. *§. 1. Inst. de actionib.* Fieri autem potest, ut actor eam caussam dicat, ex qua reus debeat, eoque etiam velit cedere. Contraque ut actor eam dicat, ex qua reus non debeat, ac propterea contendendum putet. Actionum duo sunt genera, unum in rem, alterum in personam *L. actionum, D. de obl. & act.* Actionis in personam generalis, & communis una caussa est, ut is cum quo agitur sit nobis obligatus. *d. L. actionum.* Obligationis autem speciales caussæ quatuor a Iustiniano positæ sub *tit. de oblig.* in Institutionibus contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Ac proinde totidem caussæ huius actionis. *§. 1. Inst de action.* Actio in rem duas habet caussas, sine quibus non recte in rem agatur. Ab actore, quod dominus est: a reo, quod is rem de qua agitur, possidet. Solus enim iure civili hac actione utitur dominus. *L. in rem, D. de rei vindic. §. namque Inst. de actionib.* Et ea non alius tenetur, quam qui possidet, *d. L. actionum.* Unde dictum est, possessionem parere actionem in rem adversario. *L. unic. C. de alie. iudicii mutandi, caussa fa.* Has caussas dici debere volumus: sed est hac in re, quod intersit inter actiones in personam, & actiones in rem. In illis namque caussam generalem non sufficit dicere: specialem dici oportet: utputa non satis est ita dici, peto 10. quia mihi debes; sed ita concipi oportet.

Vol. 2. Martin. Nigrin. *de Protestationibus v. testatio n.* 26. (qui inter primas clausulas, secundo loco hanc refert. Sed arbitrarium hac vel initio vel ad finem libelli uti.) (11) Vulgatissima quæ priori iungi solet illa: Super quibus omnibus & singulis petit sibi ius & iustitiam ministrari. Huic præ reliquis insignes vires larga & profusa manu, tanquam si ista condere & abolere illis ius esset, DD. practici concedunt. Et 9. effectus refert Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 6. *Comm. Concl. tit. de clausulis Conclus.* 4. Equidem post alios Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 12. his clausulis (hac & præcedenti, forsan autem coniunctim his duabus id tribuit, non si altera sola) (1) omnia vitia libelli sanari. Et salvare eam ab omni ineptitudine, Guid. Papæ Q. 263. ibique Ramband & Stephanus Ranchin. Maranta *h. t. n.* 15. Scaccia *d. Cap.* 52. *n.* 26. modo ius agendi ex narratione facti undecunque colligi possit, Rosbach. *Tit.* 35. *n.* 11. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 35. Sustentari libellum etsi tota actio fluctuet, Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 68 (2) Ea volunt omnem actionem competentem contineri, ut si ex tacto proposito plures actiones quædam aptæ, aliæ ineptæ, & conclusio fiat in inepta, per hanc libellus sustineatur, Sneidvin. *d. loc. n.* 129. Rosbach. *d. t.* 35. *n.* 12. add. Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 10. *& seq.* (3) Ut Iudex pronunciare possit de non expresse petitis, Afin. *Praxi §.* 4. *Cap.* 4. *n.* 6. Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 12. *&* 1. *Obs.* 108. *n.* 7. utque iusiurandum Suppletorium deferre possit, etsi non petatur Monach. *P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 10. Stiat. *Pract. Obs. Cap.* 20. *n* 26. Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 7. Contra A. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 8. *n.* 3. (4) Quia disiunctiva est & separat, satis esse si aliqua in libello deducta probentur (ut scilicet de iis iudicetur, reliquis non probatis) vid. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de probat. Resol.* 8. *n.* 3. (5) Per hanc videri expensas petitas, Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 10. (6) Hac adiecta conclusionem libelli omitti posse. Gilken. *ad L.* 3. *C. de ed. n.* 90. Sneidvin. *in d. §.* 1. *n.* 129 Rosbach *d. loc. n.* 12. *& seq.* Speckhan. *Cent.* 1. Q. 67. *n.* 9. Stiatic. *Obs. pract. Cap.* 22. *n.* 53. *& seq.* Unde hi actori, de actionis genere incerto, ob factum intricatum, iurisve dubium, consulunt, ut facto diligenter exposito nihil diserte petat, sed loco conclusionis narrationi hanc clausulam subnectat. Hæc & alia id genus practici citati, add. Sixtin. *Cons. Marpurg.* 11. *n.* 3. *Vol.* 1. Pacian. *Cons.* 161. *n.* 30. *& seqq* Ayrer. *P.* 1. *Cap.* 4. *Obs.* 6. *n.* 37. *& seqq.* Nigrin. *de Potestat. v. Testatio n.* 35. *& seq* Quibus posita frustranea erit omnis de ineptis libellis, ut & de petitione ac conclusione necessaria, de substantialibus denique libelli reliquis, tractatio. Quando ita invaluit ut nunquam quisquam, quantumvis ieiunus alias & crudi stomachi practicus, hanc clausulam omittat. Atqui dum iidem clausularum auctores ac fautores de illis tam operose inquirunt, nonne hæc sua tradita magnam partem convellunt. Nec certe tuto aut sine periculo huius fiducia negligentior in concipienda formula erit advocatus. Nec discretus facile Iudex hisce nimium tribuet; Confer. Pruckman. *Cons.* 10. *n.* 56. *& Cons* 50. *n.* 168. Quoad non narrata denique in libello clausulam hanc nihil operari, Trentacinq. *d. Res.* 8. *n.* 3. Huic adiungitur fere (12 Invocans iudiciale officium. Rosbach *d. t.* 35. *n.* 25. Exigui vel nullius usus, vid. Obrech. *d. Cap.* 16 *n.* 36. Claudere denique libellum consuevit (12) Salvo iure addendi, minuendi, corrigendi. Sed hanc plerique nullius roboris dicunt, nec ea effici, ut libellus mutari emendarive possit, quando alias iure non licet, Scaccia *1. de iudic.* 50. *n.* 32. P. Gregor. 48. *Cent.* 5. *n.* 9. Sneidvin *in d. §.* 1. *n* 130. Obrech *d. Cap.* 16. *n.* 37. Ayrer *P.* 1. *Cap.* 4. *Obs.* 6. *n* 43. Rosbach. *d. Tit* 35. *n.* 36 Io. Pels *Tit* 21. *n* 77. *& seqq.* Ac etsi Bald. ref. *eod. n* 82. aliud putat, si dixerit, non salvo, *iure* sed *arbitrio* &c quasi tunc, si reus non contradicat protestationi, mutatio litis contestata fieri possit, ei tamen alii obloquuntur. Satis iam de forma libelli substantiali & accidentali. De effectibus vid Obrecht. *Cap.* 18. *n.* 15. *& seqq.* Monach. *Pract. P.* 4. *Cap* 9.

5) Quatenus natura cuiusque rei patitur. Nam ex obligatione faciendi petit id quod interest, quod incertum ut suo loco, sed quia aliter peti non potest. Et ut cuiusque iudicii naturæ convenit. Nam in actione de universitate, ut petitione hereditatis non oportet exprimere *res* singulas. In actionibus generalibus, ut pro Socio, negociorum gestorum, tutelæ petitur ratio administrationis & reliqua *L.* 2. *de neg. gest* in actionibus specialibus ut rei vindicationis Commodati Depositi ex empto rem designari oportet, ita Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 7. Quæ fusius exsequitur Gilken *ad d. L.* 3. *n.* 64. *& seqq.* Quando libellus generalis seu petitio incerta admittatur, add. Zoan. *ad d. L.* 3. *n.* 13. *&* 15. Sneidvin. *ad §. Curare* 36. *I. de act. n.* 7. *& seqq.* Obrecht *de Conc. libell. Cap.* 11. *n.* 43. *& seqq* Meichsner *Tomo* 1 *decis. Cam.* 21. *n.* 8 *& seqq* de libello generali in petitione hereditaria, notavi *supra lib.* 19. *Cap.* 12. *N.* 4. In actione ad dotem an & quando admittatur, Manut. de Phanucia *Tract. de Lucro dotis in rubrica n.* 28 *&* 2. *seqq.* Et ut in actu in rem speciali res designanda satis *supra lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 16. *& seqq.* ibique *N* 18 *& seqq.* Quodque libellus generalis non admittitur iis obtinet, quæ principaliter & per se petuntur, secus in iis quæ per consequentiam, Mod Pist. *Cons.* 50. *n.* 5. Nec quæ accessorie veniunt initio designare oportet, sive accessoria rei sint, ut fructus, sive iuris vel actionis, Bover. *Sing* 31. *n.* 21. Plane si genus promissum, exempli gratia, vinum, res generaliter petenda, non autem certa species, etsi vilior, ne facultas eligendi adimatur, unde plus peti dicitur, vid. Obrecht. *Cap.* 19. *n.* 24. *& n.* 34. *&c.* Libellum quoque incertum admitti ubi modicum præiudicium vertitur, Tiraq. *de Iudic. in reb. exiguis ser. n.* 18. Quodque narratio generalis

ter. Aio te mihi 10. dare oportere, quæ [6] tibi dedi mutua; & si quæ sunt aliæ similes caussæ, propter quas mihi es obligatus. Hoc ideo, quia nisi caussam obligationis adiecero, statuere non possis, id sine quo nulla est editio, utrum cedere debeas, an mecum contendere. Fieri enim potest ut eam caussam dicam, ob quam debeas: fieri etiam potest, ut eam dicam, ob quam non debeas. In actionibus in rem contra satis dixit actor de iure suo, qui se dominum dixit: idest, [7] communem agendi caussam, etiamsi non adiecerit se dominum esse ex empto, ex donato, aut similibus caussis. Contraria videlicet de caussa: quod qui se dominum dixit, id dixerit, unde intelligeret reus, utrum cedere, an contendere deberet. Si quidem enim actor dominus est, ut se esse contendit, ex quacunque [8] caussa erit dominus, semper hoc idem valebit, ut possessor rem debeat petitori restituere. *L. officium, D. de rei vindicat.* Debet etiam in actione in rem clare designari res, quæ petitur, ut supra *lib.* 20. *cap.* 4. exposui.

IV. Sed quid si vel caussa obligationis in actionibus in personam, vel certa rei designatio in actionibus in rem omissa fuerit? Dicimus non propterea libellum [9] quasi vitiosum repudiari. *L. 3. C. de ann. except. C. 3. §. secus, extr. de sent. &* re

neralis sustineatur per conclusionem specialem ac contra, Sich. *ad L. 5. C. de R. U. n 5.*

6) Ubi quæ specialis caussa eadem remota. Ea contractu enim obligatio, ea hac actio Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 4. Sneidvin. *ad §. 1. Inst. ac act. n.* 110. *&* 113. Gilken. *ad L. 3. C. hoc tit. n.* 63. Io. Pels *Process. Tit.* 21. *n* 18. Scacc. 1. *Iudic.* 50. *n.* 24. tametsi Obrecht. *de Conc. libel. Cap.* 11. *n.* 54. *&* 57. contra obligationem vocet caussam remotam, contractum autem propinquam. Sed & hic caussæ remotæ expressio sufficit, etsi proxima retineatur. Licet enim Baldus post gl. referente Gilken. 10. *d. n.* 63. eam quoque allegandam voluerit, contra tamen alii communius, cum ea speciali, seu remota inferatur generalis, seu propinqua, etsi non necessario (cum possit esse, exempli gratia, ut qui emit solverit,) tamen iuris præsumptione *L. 16. de probat.* Et ita libellum concludere sufficit per *L. 17. §. 1. Qua in fr. cred.* Sneidvin. Gail. & Gilken. *dd. loc.* Obrecht. *d. Cap.* 115. *n.* 56. Neque enim quæ defensiones Rei, concernunt libello inferenda, sed eius responsio exspectanda. Unde nec requisita omnia caussæ, aut solemnitatis extrinsecas referri oportet: Exempli gratia, Qui ea testamento agit, non necesse est ut referat quod septem testes adfuerint, &c. Vigel. 3. *Inst. fori Cap.* 1. *pag.* 249. Qui a minore emit, non necesse est alleget curatore auctore & decreto magistratus, Mathesilan. *singul.* 11. vid Pels *d. tit.* 21. *n.* 20. *& seq.*

7) Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 7. Gilken. *ad d. L. 3. n.* 62. Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 64. *& seqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 24. & DD. comm. Idem est in actione in rem universali ut *supra Lib.* 19. *Cap.* 12. *N.* 4. An autem utile sit actori caussam specialem exprimi vid. *supra Lib.* 22. *Cap.* 5. *n.* 16. *in fin. N.* 18.

8) Ita & Donellus ad *L. 3. O. h. t. n.* 8. Sarayna *ad Mathes. Sing.* 9. *n.* 5. Gail *d. Obs.* 61. *n.* 7. *&* 8. Sneidvin. *ad d. §. 1. Inst. de act. n.* 116. Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 65. *& seq.* quia uniformis est actio in rem eiusdemque naturæ, quocunque iure ea quacunque caussa dominium acquisitum. Plane non desunt qui volunt in Hypothecaria caussam una remotam exprimi debere, ut relati a Gilken. *ad d. L. 3. n.* 62. & qui hinc confessoriam & negatoriam eximunt & publicianam, Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 24. quia, ait, pignus & servitutes ex pluribus caussis constitui possunt. Ast immo & perplures sunt caussæ acquirendi dominii. Verum uti dominium semel acquisitum denuo ea alia caussa acquiri nequit, ita nec pignus opinor, aut servitus.

9) Atqui decantatissimum nostris; requisito uno substantiali omisso totum libellum corruere ceu ineptum. Ineptum autem libellum adeo vitiosum esse, ut actor, etiam non opponente reo, a limine iudicii removendus sit. Quodque iudex libellum ineptum ex officio reiicere adeoque dentibus lacerare debeat, cum nullitas inde proveniens ita leprosa sit, ut totum processum inficiat, utque etiam post sententiam, quæ vires alias iudicati sortita esset, opposita executionem impediat. Et quod sententia super inepto libello ipso iure nulla *C. Cum dilecti 3. de empt. & vend. C. examinata 15. de iud.* Ideoque exceptioni inepti libelli etiam post sententiam locus, vid. Curt. Iun. *Cons.* 163. *n.* 5. *&* 6. Nam cum petitioni convenire eam oporteat, sententiam quoque ineptam esse quæ ex libello inepto, illi conformis lata &c. Hæc & alia id genus DD. Marsil. *Sing.* 119. Bover. *Sing.* 31. *n.* 34. Mathesilan. *Sing.* 9. Curt. Iun. *Cons.* 163. *n.* 5. *&* 6. Zoan. ad *L. 3. C. h. t. n.* 16. *& n.* 32. Gail. 1. *Obs.* 66. *& seq.* Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 10. *& seqq.* Moller. *ad Nov. Sax.* 2. *p.* 1. Lancell. Conrad. *de Off. praet. in causs. civ. L. v. Libellus n.* 8. Asin. *de Execut. §. 3. Cap.* 61. *& 3. seqq.* Sig. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n* 5. *& seqq.* Obrech. *de Conc. Libell. Cap.* 18. *n.* 10. *& seqq.* Iacob. Schult. (hos auctores non citans) *Obs. forens.* 6. Et ita quidem omnino est, quando vel contra stilum Curiæ lege inductum is conceptus, ut si in foro Saxoniæ articulatus exhibeatur *d. Nov.* 2. *p.* 1. Vel ita totus mendosus, vitiosus, ut nulli declarationi locus sit, nec interpretatione salvari queat. Veluti ratione rei, si actor quid petat plane non ostendat. Ad quid enim condemnari reus posset? Differunt res ipsa petita, quæ substantiale est libelli, in expositione negocii semper requisita, & eius rei designatio & descriptio, de qua *h. C. N.* 5. quæ in circumstantiis, exempli gratia, ubi situs fundus, quos limites habeat, ut *supra Lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 16. *N.* 18. Quæ non est caussæ ex qua agitur, sed rei quæ ad caussam pertinent, nec in ea substantialis forma libelli, alias in omni actione foret necessaria (contra quam *h. C. N.* 5.) sed accidentalis. Vigel *Lib.* 3. *Instit. fori Cap.* 4. Item si petatur res commerciis exempta, aut sacra religiosa, servus Christinianus a Iudæo &c. Ratione caussæ si AUT NULLA plane adferatur, ne generalis quidem; Nam quod Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 13. scribit caussa qualicunque omissa libellum apta petitione & conclusione sustineri, id non aliter obtinere puto, quam si in præcedenti narratione scilicet caussæ mentio non facta, fiat autem in ipsa conclusione, ubi si totum libellum omnesque eius partes attendas, non vere omissa caussa. Veluti si in conclusione actionis realis dicatur: peto declarari rem ad me pertinere iure dominii vel quasi & proinde restitui &c. Secus si solum dicat. Peto rem restitui, per ea, quæ Wesenb. ut *supra Lib.* 20. *Cap.* 6. *N.* 3. AUT INEPTA. Talis est, si vel ea ex ius agendi non inferatur. Sive exinde nulla tute prodita actio. Veluti si petas 10. quia rea est in Francia, ita Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 10. Sed hoc quidem modo, aut simili nec ineptissimus rabula, modo mentis non emotæ, unquam egit. Sumamus exempla ex usu vitæ, quæ specie veri æquive imperitos sæpe fallunt. Veluti si petas 10. ea nudo pacto, ex stipulatione legibus improbata, aut quovis alio contractu iure invalido & nullo, aliove negocio ad obligationem civilem pariendam inefficaci. Cuiusmodi plura sunt quæ non improbabili specie incautis imponunt, ut ea re sæpe peccetur: Sive nondum nata, ut si ex obligatione conditionali ante eventum conditionis, Mathesil. *Sing.* 9. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 11. ad notata *supra Lib.* 15. *Cap.* 11. *N.* 1. sive exstincta, Matth. & Scaccia *dd. loc.* cum scilicet de eo ea ipso intuitu legentis apparet. Quoties denique exceptione intentionis, vel sibi non competit actio, repelli potest agens. Huc enim pertinet, quod dicitur agentem, sine actione iudicis officio repelli, vid. *not. infra Lib.* 24. *Cap.* 2. Vel generalis nimis & indiscreta ut ex ea genus actionis non appareat. Veluti peto 10. a Titio quia mihi debet. Nam etsi Don. hic libellum hunc vitiosum esse. Etsi item DD. vulgo caussa obligationis non expressa recte quidem excipi ceu contra libellum generalem; Ast si non excipiatur, sustineri eum, quod in progressu, quandocunque ante sententiam, declarari & generalitas tolli ac restringi queat, Sneidvin.

re iudic. lib. 6. quanvis reus postulare possit, & rem sibi designari, & caussam obligationis exprimi: & ni id fiat, potest hodie a iudice, qui actorem ad ea non compulit, appellare, *C. 2. & 3. extr. de libel. oblat.*

V. Ad hæc accedere debet, ut quidem olim ius fuisse constat, nomen & genus actionis, quo actor dicat se experiri. Hoc modo, quia fundum illum tibi vendidi C. aureis, idcirco peto ex vendito, ut mihi C. des: vel, Aio te ex vendito C. mihi dare oportere. Quod ita esse hæc probant. Primum quod Pomponius in *L. 2. §. his legibus, D. de orig. iur.* scribit, actiones ita initio compositas fuisse, ut certæ essent atque solemnes. Nam certæ ad nomina, solemnes ad formulas referuntur: deinde idem demonstrant *L. 1. 2. & 3. D. de præs. verb.* In quibus scriptum est, tunc demum perveniri ad actiones in factum, cum deficiunt usitata actionum nomina. Item, cum nomina actionis invenire non possumus. Quo declaratur, sic nomina actionum fuisse, ut quandiu possent inveniri, tandiu his esset utendum, nec prius ad actionem in factum, idest, eam quæ sine nomine rem factis gestam demonstraret, confugere liceret. Probant item dubitationes veterum tam multæ, qui in eadem specie facti, de quo facto constet inter omnes, tamen quærunt, utrum illo Titulo, & nomine actionis, an illo potius utendum sit, *L. 1. D. de æstimat. L. Qui servandarum, L. apud Labeonem, §. 1. D. de præsc. verbis, L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* Quæ omnis stulta esset contentio, si contempto actionis [10] nomine sufficeret factum tantum proponere, & ex eo intendere

vin. *in §. 1. Inst. de act* n. 114. & notant DD. in *L. 1. h. t. & in d. Cap. 2. & 3. extr. h. t* teste Obrecht. *de Conc. libell. Cap. 11. n. 58* & Asinio *de Exsec. §. 3. Cap. 229. n. 4.* Iac. Concenat. *Lib. 1. Quæst. iuris Cap. 1. n. 34. per d. L. ult. C. de ann. exc.* Contra tamen rectius Vacon. *6. Declar. 89. n. 11. & seq.* Obrecht. *d. Cap. 11. n. 59. & seq.* Et Asin. *d. loc. n. 6.* cautius agere iudicem si talem libellum non admittit ob dubitationes ac cavillationes, quæ postea fieri possunt, & quia certa litis contestatio fieri nequit, nisi de caussa obligationis aperte constet. Incerta autem si fiat labili fundamento processus innitetur. Nec obstat *d. L. ult.* Nam Ratio Vacon. *d. loc. n. 22. & seq.* admitti illic non ad hoc, ut actio teneat sed ut usque ad 40 annos perpetuetur, interrupta præscriptione. Præscriptionum enim ratio desidia & negligentia, quæ cessat oblato libello qualicunque, etsi in eo nec quantitas nec caussa expressa (add. quæ ex Gerardo *supra h. Cap. N. 3. circ. med.* ibi autem de obscuro libello ratione sermonis & rei tractavi, ubi non satis constat quid petatur. Hic ratione caussæ, ubi obscurum, unde petatur. Quod moneo ne quis putet me hic crambem recoquere.) Nec obstat *d. Cap. 3. §. sicut de re iudic. in 6.* Nam ut ex principio eiusdem & toto contextu apparet, loquitur de actione in rem. Et deciditur quod si in ea certa caussa, vel titulus expressus, alii caussa probari nequeat eodem iudicio. Secus si generalis solum caussa (dominium vel quasi) prolata. Non adversatur in *d. §. sicut* vocula *obnoxium* quia & actioni in rem accommodari potest, ut per not. *supra Lib. 17. Cap. 18. N 14.* Et ibi vocula *vel* non seiungit, sed declarat ut alibi sæpe. Nec obstat *d. Cap. 3. extr. h. t.* Neque enim quia a reiectione exceptionis libelli inepti appellatur, consequens libellum iure subsistere, cum iure Canonico usus appellationis latissimus sit &c. Verissimum itaque caussa obligationis omissa, non audiri qui offert se declaraturum eam, & in processu litis probaturum intentionem. Neque in hoc quoque libello emendationi locus, cum non insit ei menda, sed totus mendosus sit. Sed oportet novum libellum aptumque offerri, & inducias deliberatorias reo concedi. Vacon. *d. n. 13.* Enimvero tradita Donelli vix secum consentiunt. Si enim hæ partes libelli, una deficiente, imperfectus sit per *L. 1. de O. I.* Proinde vitiosus oportet, ut in simili ipse Donellus arguit *ad Comment. in Tit. Dig. de iureiur. Cap. 11. n. 4.* Et si nomen actionis olim necessario exprimendum quod Donellus vult ut in seqq. utique & caussa. Quin nomine expresso non potest dici caussa obligationis omissa, ut evidens est. Ratio illationis: si caussa apta quidem alias, sed non ex ea id insertus quod petitus, verum aliud. Ex. gr. In narratione actor proponit caussam agendi, quod emerit fundum Tusculanum a Caio: In conclusione petit se dominum declarari ac fundum cum fructibus & omni caussa sibi restitui; Sic ex *L. diffamari* experturus ponit se diffamatum, seu criminis reum, seu debitorem, seu non dominum, aut possessorem. In petitione intendit se a crimine absolvi, dominum possessoremve declarari. In quo sæpe errari notat Blarer. *in L. diffamari C. 5 n. 27.* Cæterum in dubio libellus præsumitur aptus & quoad fieri potest interpretatione adiuvandus *L. si quis 66. de iudic.* vid Scaccia *1. de iudic 50 n 12.* Rosbach *Process. Tit. 33. n 37* Utque sustineatur, verba latiori sensu accipimus & ad improprium significatum trahimus, vid. Vital *1. Var. Lect. 1. n. 3. & 4.* Beust. *ad L. 11. §. 2. de iurei n. 27. & seqq.* Gail. *1. Obs. 66. n. 7.* Mynf. *4. Obs. 5.* Rosbach. *d loc. n 38.* Siatin. *Consil. Marp. 21 n 15 & seqq. Vol. 2.* Henning. Goden. *Cons. 43. n 1. & 2.* exemplum proferens si quis dicat se locasse fundum pro certa quantitate frumenti, etsi proprie non sit locatio *L. si olei. 21. C. de Locat.* (vid. tamen not. *supra Lib. 13 Cap. 6. N. 10.*) si dicat se mutuasse librum, esse in possessione servitutis &c. Beust. *d. loc.* Ac si duo capita libelli, per quorum alterum idoneus, ex altero vero ineptus, ab idoneo vires & robur accipit, per *L. habebat 13. de inst. act* Consf. *SC. Tolos. 29.* Ubi vero ita in materia, aut forma ineptus ut salvari nequeat, reus ab observatione iudicii absolvitur, actore in expensas condemnato, post alios Rosbach. *d. tit. 33. n. 36.* Gail. *1. Obs. 67. n. 1. & 2.* Moller. *ad Nov. Elect. Sax. 2. P. 1. n. 6.* salvo iure proponendi aliam actionem aptam. Gail. *d. loc.* Siatin. *Cons. Marp. 21. n. 111. Vol. 2.* Martio Nigrin. *de Protest. v. Testatio n. 58* iunge not. *supra Lib. 22. Cap. 5. N. 20.* Sed & reiecto libello, Iudex citra absolutionem rei, actori præcipere potest ut alium aptum edat Gail. *d. Obs. 67. n. 5.* Denique in summariis, quæ libellum non requirunt ut *h. Cap. N 2.* ineptitudo non obest, etiam opponente parte, sed sententia super inepto libello valet, Maranta *P. 4. Dist. 19. n. 14.* Scaccia *1. de iudic. 50 n. 16* Meichsner. *tom. 1. Decis Cam 28 n 21* Iac. Schult *Obs. forens. 3. n. 268.* modo quid actor velit petatve constet, Marp *d. loc.* Confer. *h. C. N 3 vers Nisi obscuritas tanta.* Quodque si coram Principe litigetur, non attendatur ineptitudo, & potius caussa, quam conclusio tradit Chassanæ. *Catal gloriæ mundi p. 5. Consid. 24. n. 29.* Et Mynf. *4 Obs. 5.* ubi de iustitia caussæ apparet eandem in Camera non attendi, cum vice Imperatoris iudicet qui has ambages insuper habere possit.

10) Eodem modo Don *ad L. 3 C. h. t. n 10.* (addens non frustra prodita esse nomina actionum iure civili, sed ut actiones quæque suis nominibus ederentur. & de *præscr. verb, Cap. 21. n 5.* ac ad *L. an. de Cond ex lege n. 5. & supra Lib. 21 Cap. 2.* vid *ibid. ante n 20.* Cui quoad ius Digestorum consentiunt Vult *ad pr. I. de act. n. 15.* Goed. *ad L. 5. pr. de V. S. n. 27* Zoanet. *ad L. 3. C. h. tit. n. 6. & seqq.* Lud Vital. *L. 1. Var. Lect 1. n. 10. & seqq.* Qui hoc confirmare nititur (1) per *L. 1. pr. D. h. t.* verbis cognita actione (2) *L. omnes 33 alias L. ult. C. de Ep. & Cler.* ibi *proposita actione.* Quia facti propositio intelligi nequit cum caussæ distincta illic mentio fiat (3) per *L. 3. C. h. t.* quia illius Iudici, nec mutatio cognosci potest, nisi expressa actione, quando ex eodem facto plures actiones competunt, nec emendationis necessita

dere tibi illud, aut illud, dari oportere. De qua re scripsi diligentius ad *tit. de præscr. verb.* Nunc ex multis collegi pauca, quia ita locus incidit. Hoc an sublatum sit. *L. ult. C. de formul. & impetrat. act. subl.* dubitari potest. Quoniam ea constitutio non vult fraudi esse cuiquam, quod actionem non impetrarit: dummodo constet eam aptam esse, & proposito convenientem. Sed apparet, quid remittat de iure vetere ea constitutio. Hoc remittit, ne sit necesse actionem impetrare: nihil amplius. Proinde cætera manebunt, quæ ante fuerant. *L. præcipimus*, in fin. *C. de appellation.* Atenim vult constitutio satis esse, si actio sit apta, & proposito conveniens. Ita est: sed vult esse actionem. Non est autem actio, nisi quæ suo nomine appellatur. Aliter reputantibus omnia scripta, omnesque vigiliæ veterum de actione præscriptis verbis, deque cæteris actionibus exponendis uno verbo intercident. Quod non est credibile Imperatores [11] voluisse. *L. si quando, C. de inoffic. testam.* sed quid faciat nomen actionis, ut reus sciat, utrum cedere, an contendere debeat? Plurimum, si id ius valet quod supra dixi, ex quo constet iure actionem esse: tamen si alia actione te agere dices, quam ea, quæ in eo genere certa prodita est, [12] non tenebit intentio. *L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* ut proinde habeat reus in eo, cur contendere debeat: scilicet quia ista intentione posita vincet: qui fortasse apta actione proposita cessurus foret. Sane si quis non de iure civili disputet, quo certum est actionum edi nomina oportere; sed ex æquo & bono rem istam diiudicet, dum res ipsa hoc est actionis genus ex narratione libelli intelligatur, non magnopere de nomine laborandum putet: Idque ita iure pontificio receptum est, quo iure æquitatem in omnibus præcipue spectari dicunt, [13] *C. dilecti, extr. de iudicat.*

CAP.

cessitas si nomen non exigeretur. (4) Facilior deliberatio reos nomine expresso quam si ipsi ex facto proposito genus actionis investigandum, cum & si ex illo plures actiones nascantur, incertus sit utram intentaverit actor. Contra nituntur Elb Leonin. 3. *Emend.* 8. *n.* 5. Wesenb *in Paratitl. h.* 1 *n.* 7. Mynf. *ad pr. Inst de act. n.* 6 Bronc. 2 *Misc. Ass.* 55 Vacon. 6. *Declar.* 88. Obrech. *de Concep. libell. Cap.* 8 *n.* 23. *& seq.* Quorum opinioni accedo, non tam exinde, quod non intersit quid ex æquipollentibus fiat, & num quid per se certum sit an per relationem ad aliud. Quam quia immo si veteres formularum conceptiones, inspicimus, via nominis expressioni locum in iis concinnum dari posse reperimus. Quod scite ostendit Vacon & ea parte Obrecht. *dd. loc.* Nam & in rei vindicatione ineptus fuisset actor solemnibus formulæ verbis: *ex iure Quiritium meum esse aio* adiiciens: *rei vindicatione.* Et in actione in personam contractus sane vel negocium, unde obligatio, si nomen illi certum, designandum erat, ut *N. praced.* Eo designato quorsum opus actionis nomen, commune ut plurimum, exprimere, cum nec in narratione nec in petitione ipsi locus concinnus fuerit. Quo de consule Vacon. & Obrecht. *dd. loc.* unde non operosum erit contrariis occurrere. Quod omitto dum prolixitatem vereor.

11) Ita & Donellus *ad d. L.* 3 *C. h. t. n.* 11. Et formulæ, ait, veteres nugacibus sæpe verbis constabant, Cicer. *pro Murana.* Nomen autem rem ipsam exprimit. Ac consentit Vital. 1 *Var. Lect.* 5 *n.* 14. *&* 15. Zoan. *ad d. L.* 3. *C. h. t. n.* 6. qui hoc comprobat per *L. ult. C. de interd.* Cuius auctores noviores Constantino, ubi actio dicitur exprimenda. Expressum autem, quod verbis expressis fit, non quod tacite colligitur.

12 Sed ad hoc vide Vacon. 6. *Declar* 88 n. 6. *&* 7. qui ostendit non utique vitiari formulam vel libellum alio nomine actionis expresso; sed si aliud negocium gestum & formula alii negocio conveniens, isti autem inconveniens proponatur.

13 Vid. *supra Lib.* 21. *Cap.* 2. n. 20. *L.* 3. *C h. t. n.* 11. Atque in eo DD nostris convenit, ut & in eo quoque quod dispositio hæc in utroque foro recepta ac servari debeat, Zoan. *ad d. L.* 3. *n* 5. *& n.* 10. Gilken. *ibid.* n. 92 Vital. 1. *Lect.* 5. *n* 8. *& n.* 20. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 1. Scaccia t. *de iudic* 50. *n.* 20 Valasc. *Iur. Emphyt. Q* 6. *n.* 9. vid. Speckhan *Cent.* 1 *Quæst* 64. *n.* 29. *& seqq* Rulant *de Commissar. P.* 3 *Lib.* 2. *Cap.* 5 Nam ex caussa & iure petendi ac medio concludendi qualitas intentatæ actionis colligitur, vid. Gail. *d. loc. n.* 9. Scaccia *d.* n. 20. Apta tamen sit narratio oportet, ut inde, quæ actio intentetur, cognoscatur, vid. *Cap.* 1. *de mutuis petit.* Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 8. *n* 25. Cautus itaque actor sit in genere actionis investigando, ut ad naturam illius & requisita libellum concipiat, Maranta *P.* 6. *h. t. n* 8. De qua investigandi ratione consule Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 10. Rulant. *de Commissar. Part.* 3. *Lib.* 2. *toto* & cum primis Vigel. *in Repertorio iuris*, qui singulatim per omnes caussas actionum transit, satisque accurate exponit, ac *Inst. fori Lib.* 5 *Cap.* 1. *& seqq.* ubi quasi in Epitomen contracta, quæ fusius in repertorio exposita. Plane ubi negocium propositum plures producit actiones, nomen adhuc actionis edi debere volunt, ne sola expressio nudæ caussæ incertum reddat reum de qualitate actionis, ita post veteres, Gabr. Sarayna *ad Mathesilan. Singul.* 9. *n.* 7. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 21 Scaccia t. *de Iudic* 50. n. 20. Bronch. 2. *Misc. Ass.* 55. *in fin. per L.* 28. §. 6 *de iurei. L.* 13. *de instit act. simil.* Neque his contrarium est etsi ita videatur Eberhardo Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 31 *& seq.*) quod Wesenbecius scribit *Consil.* 3. *n.* 20. nullo expresso actionis nomine intelligi maxime idoneam propositam, Nam & ita ipse Gail. *d. Observ.* 61. *n.* 9 *&* 10. iudicem, si sit obscurum quæ actio intentata, elicere eam quæ utilissima actori, illamque in dubio intentatam censeri quæ melius facto applicari potest per *L.* 66 *de iudic.* Quem tamen sibi ipsi *ead. Obs.* n. 21. contradicere non est credibile. Quomodo & Henning Goden. *Consil* 43 *n* 1. quod ubi fieri potest salva ratione recti sermonis, conclusio adaptari debeat ad actionem eam quæ commodior actori, Nimirum ita concilianda hæc videntur, si verborum propria vi inspecta, intentata esset ea actio, quæ ex caussa illa non oritur; illa autem per abusionem deflecti possunt ad actionem aliam proposito convenientem, ne corruat libellus, id fieri debet per not *h C. N.* 9. *sub fin* Quod si verbis communibus usus actor & duæ pluresve concurrunt actiones, quarum altera commodior vel expeditior, hanc Iudex elicit, & de hac sensisse actor creditur. Si tamen reus sibi declarari petat qua forma agendi procedere velit actor, id ipsi exprimendum. Cæterum & nomine actionis expresso non impedire, quo minus alia aptior ex narratione & conclusione libelli colligi possit, censet post Mynsing. *Consil.* 18. Sixtin *Cons. Marpurg.* 11. *n.* 4. *Vol.* 1. Quomodo & ex recepta sententia aptam libelli conceptionem ineptæ actionis adiectio non vitiat, sed vitiatur vid. Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 5. *&* 2. *seqq* contranitente licet Zoaneto *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 10. *&* 2. *seqq.*

Digitized by Google

C A P. V.

An actionem semel editam emendare, & mutare liceat, & quandiu.

Propositæ quæstionis occasio. I. *Proponitur illa, & definitur in* L. edita 3. C. de ed. *Huius appendix* L. unic. C de lit. cont. II. *Integri rescripti expositio & analysis*. III. IV. V. *Veterem actionem licet actori omittere dumtaxat ante litem contestatam* VI. *Mutare vero illam atque emendare etiam* postea. *Suffragatur* L. nemo potest 11. de iudic. VII.

I. Sive autem instituatur nunc primum actio, sive actione prima instituta emendata, aut mutata, instituatur nova, semper hæc lex dicitur ei, qui agere volet, ut qua actione acturus est, eam edat. Hoc est quod dicitur in *L. edita*, *C. de eden.* licere emendare vel mutare editam actionem: dummodo ita mutetur & emendetur, *prout edicti perpetui monet auctoritas*. Edictum perpetuum intelligunt Imperatores, qua parte est de edendo. Id edictum monet, edendam esse actionem, quacunque quandoque usurus sis. *d. L.* 1. *D. eod.* Quare cum is, qui actionem antea editam mutat, aut emendat, nova actione experiatur, & ante hac reo incognita, pertinet ad hunc etiam superioris edicti authoritas, quæ facit, ut eam quoque actionem edere debeat: sed prior quæstio est, an liceat emendare, vel mutare editam semel actionem? De qua dicam hoc loco, magis quia nobilis quæstio creditur, neque est ab omnibus satis explicata, quodque eius explicatio ab iis, qui *L. edita*, attingunt, expectari solet: quam quod locus de edenda actione propositus eam interpretationem magnopere flagitare videatur. Quanquam haud temere est, si id hoc loco quæritur: cum frustra dicamus actionem mutatam oportere edere, nisi prius constiterit mutari posse.

II. Et vero *L. edita*, hæc una quæstio proposita fuit, An [1] mutare licuerit? non de editione actionis. Quod ut intelligatur sciendum est, unum fuisse rescriptum Imperatorum Severi, & Antonini, cuius partes fuerint duæ, quæ deinde postea divulsæ sint. Ex quibus prior est, quæ legitur in *L. unica*, *C. de lit. contest.* Posterior ea, quæ legitur in *L. edita*, ut inscriptio, & subscriptio utriusque loci eadem confirmat. Utrobique enim imperatores iidem, consultor idem, idem tempus, iidem consules. Nam quod in vulgaribus exemplaribus hoc dissidet, quod in *L. 1. C. de lit. contest.* subscriptio ita est, *D. Cal. septem. in L. edita*, ita est, *D. 11. cal. sep.* parum movere nos debet. Suspectum est enim illud, *secundo:* cum Latini magis dicere soleant pridie Calendas, quam, secundo Calendas. Sed sive idem rescriptum semel datum est, sive sæpius: certe hoc constat in *L. un. C. de lit. contest.* distinctionem proponi, qua interesse dicunt imperatores, inter litem contestatam, & editam actionem. Cuius distinctionis alteram tantum partem, quæ est de lite contestata, imperatores eo loco expediunt. Altera autem pars quæ est de edita actione sine dubio est ea, quæ legitur in *L. edita*. Est enim ad definitionem illam, quam dixi, explicandam ita accommodata, ut non aliud membrum ei distinctioni convenientius, & quod propositæ differentiæ rationem magis contineret, reperiri potuerit. Ita quæ fuit imperatoribus in una parte eius rescripti quæstio proposita, eam fuisse propositam in utraque intelligendum est. Fuit autem ut dixi, hæc una, an actori liceret actionem ante litem contestatam invito reo emendare, mutare, relinquere? Id tractatum est in specie huiusmodi. Valens utriusque loci consultor fundum Tusculanum petierat, & actionem ediderat reo:

1) De hac correctione & mutatione libelli, quatenus & quousque licita, collibitum sane plenius ab Interpretibus tradita excutere exemplo Capitis præcedentis. Verum cum modus libri non patiatur, exactiora differo. Consulere potest de reliquis avidior lector Donell. Zoanet. & Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t.* Sichard. *ad Auth. qui semel. Cod. quom. & quand. iudic. n.* 12. *& seqq.* Menoch. *Arbitr. Cap.* §. 176. Fachin. 11. *Contr.* 91. *&* 9. *seqq.* Bronch. 1. *Enant.* 28. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 20. Damhuder. *Prax. crimi. Cap.* 110. Vacon. 6. *Declar.* 89. Modæ. & Sneidvin. *ad* §. *si minus.* 34. *& seq. Instit. de act.* Cæsar. Conrard. *in L. diffamari Cap.* 3. *n.* 95. *ac seq.* Reiner Backov. *Miscel. disp. Cap.* 1. *pag* 9. *& seq.* Philipp. Matth. *ad L.* 86. *de R.* 1. *n.* 24. *& seqq.* Iacob Ayrer. *Process. Parte* 1. *Cap.* 9. *Observat* 10 Gilman. *Lib.* 1. *decis. cam.* 41. Wurmſ. *Tit.* 9. *Observ* 3. Ioan. Pels *Process. Tit.* 21. *n.* 83. *& seqq.* Iacob. Schult. Q. *Pract.* 10. *n* 35. *& seqq. & Observ forens.* 48. *& seq.* Eberh. Speckhan *Cent.* 1 Q. 65. Mod. Pist. *Parte* 4. Q. 130 Hartm. Pist. *Lib.* 4. Q. 22 *&* Q. 23. *n.* 12. 16. *& seq* Coler *dec.* 109. *&* 129. *Nov Elect. Sax.* 11. *Parte* 1. *ubi* Moller *Diff. iur. civil. & Sax.* 11. *Parte* 1. *Consult. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. Q. 3. *&c.*

postea nondum lite contestata cœpit totum fundum petere. Reus non patitur totum a se peti: sed de actione edita cognosci prius, & pronunciari vult. Quasi editam actionem mutare non liceat. Ab eo hæc ratio afferebatur: Constabat re in iudicium deducta, de ea re iudicem cognoscere debere. *L. iudicis, C. de iudic.* Et de qua cognoverit, etiam de ea iudicare oportere. *L. de qua re, D. de iudic.* Sic ergo assumebat: Atqui actione de parte fundi edita: ea pars in iudicium deducta est. Ex quo efficiebatur, & de ea oportere iudicari. Iam vero esse hanc partem in iudicium deductam, postquam actio de ea edita est, probabat argumento litis contestationis. Nam lite contestata res in iudicium deduceretur. Quasi utrumque idem valeat, edita actio, & lis contestata.

III. Consulti imperatores prius rationem superiorem removent. Qua remota statuunt id, de quo quærebatur. Res, aiunt, *in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita.* Quasi dicerent: Nihil obest actori, quod de re in iudicium deducta prius iudicari oportet. Hic enim res non est in iudicium deducta, ubi nihil amplius, quam actionis species ante iudicium reo cognita est, idest, actio edita. Nec ad rem pertinet, quod litis contestatione res in iudicium deducitur. *Inter litem enim contestatam*, inquiunt, *& editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negocii caussam audire cœperit.* Hactenus fragmentum. *L. un. C. de lit. contest.* Restabat, ut dicerent, quando videretur actio edita, ut probaretur, quod propofuerant, inter ista multum interesse. Et vero fecerunt, Hoc enim est, quod hic legimus: *edita actio speciem futuræ litis demonstrat.* Hoc vero differentiam illam, quam esse posuerant imperatores, plane & dilucide aperit. Nam si per litis contestationem caussa cognoscitur, litis contestatio litem præsentem habet: ac proinde litem præsentem in iudicium deducit. At si actionis editio speciem tantum futuræ litis demonstrat, apparet nullam adhuc tunc litem esse, cum editur actio: ac propterea eam, quæ non est, in iudicium deduci non posse. Remota ratione, quæ ei, qui actionem emendare, aut mutare volebat, obstare videbatur, recte inferunt, quod sequitur, & quod in quæstione positum erat, actionem nimirum [2] emendari, vel mutari licere. Unde intelligitur iam, cur hic non definiatur aperte, quando videatur actio edita: scilicet non erat id imperatoribus propositum in eo rescripto, unde hoc fragmentum transumptum est. Simul intelligitur & illud, cur hic iniecta sit mentio de mutanda actione. Quippe id ut apparuit, in illo eodem rescripto quærebatur. Etsi autem imperatorum is fuit sensus in eo rescripto, quem dixi; tamen quia per occasionem in eo definitum erat, quid esset lis contestata, quid edita actio; ob eam caussam hæc diiuncta sunt, & quod erat litis contestatæ, relatum est in *tit. de litis contest.* quod erat editæ actionis proprium in hunc titulum de edendo est translatum. Nunc venio ad id, quod de mutanda actione dicunt imperatores.

IV. Aiunt, *quam emendari, vel mutari licet.* Emendare actionem editam est, actione retenta, aliquid ei adiicere, vel detrahere. Ut si quis pro decem, quæ sibi deberi ex caussa mutui dixit, postea petet ex eadem illa caussa viginti: aut pro viginti nunc petat decem. Mutare actionem est, repudiata priore actione edita instituere novam. Ut si quis cum petiisset fundum ex testamento, eum postea sibi deberi intendat ex stipulatu. Utrumque facere licere. Huius loci hæc sententia est. Exempla habes, & confirmatam in his superiorem sententiam in [3] §. *si minus, Inst. de actionib.* Sed hoc facere tantum licet, iis conditionibus duabus, quæ illic comprehensæ sunt. Una, dum ita fiat, *ut edicti perpetui monet* [4] *auctoritas.*

2) Convenit ipse Donel. *ad L. 3. C. hoc tit. n. 5. & n. 12.*

3) Convenit Donel. *ad L. 3. Cod. hoc tit. n. 12.* ubi & quod mutatio fiat, vel aliam rem petendo, licet ex eadem causa, vel eandem rem ex alia causa *d. §. 34.* Emendare licet in specie *L. 4. §. ult. de nox. act.* Mutare *in L. 18. §. ult. de vi & vi arm.* Quomodo & Zoan. *ad L. 3. C. h. t. n. 17.* Speckhan. *Cent. 1. Q. 65. n. 2. & n. 10.* Ioan. Pels *Process. Tit. 21. n. 86.* & DD. vulgo quod emendare proprie sit mendum tollere, scilicet errorem corrigere salva manente substantia, *L. actionum 46. de re iudic.* Quod probe declarat Vacon. *6. Declar. 89. n. 4* exemplo pictoris & sartoris, vitium corrigentis, quo correcto, nec res, nec rei nomen mutatur, eadem figura vestisque remanet. Plane latiori sensu emendatio adiectionem, detractionem & mutationem complectitur, ut ex Quintil. *Lib. 10. Cap. 4.* Obrecht. *de conc. libell. Cap. 20. n. 10.* Tametsi vero Damhuder. *Praxi civil. Cap. 110. n. 2. & seqq.* hæc tria distinguat; *Corrigere*, quod est defectum aut errorem formæ supplere & restituere. *Mutare*, novam conclusionem accipere, instituta actione deserta & omissa, & *adiicere*, ad priorem actionem exhibitam addere: alii tamen rectius ista duo solum discernunt. Quomodo autem emendatio fiat adiectione vel detractione, tum quoad formam, & in hoc modo circa verba, modo circa rem, tum quoad materiam, consule Obrecht. *d. Cap. 20. n. 15. & seqq.* Confer. Ioan. Pels *d. tit. 21. n. 86. & seqq.*

4) Ita & Donello *ad L. 3. Cod. h. tit. n. 13.* dum & nova petitio edatur & detur denuo spacium reo ad deliberandum. Nam æquitas edicti non solum pertinet ad actionem,

tas. Quod quam sententiam habeat, iam ante dixi. Altera, dum ita permittatur mutari, & emendari, *ut ius dicentis decernit æquitas*. Illud enim *prout* non refertur ad verbum, *licet*, sed ad verba, *emendari*, & *mutari*. Non enim licet ut edictum monet, sed licet emendare aut mutare, dum ita mutetur, aut emendetur, ut edicti monet auctoritas. Idest, ut bonus iudex [5] æquum esse statuit. Id autem æquum statuit, actorem novam actionem instituentem, non aliter esse audiendum, quam si viatica litisque sumptus [6] dependat reo ob id quod temere in ius vocatus sit priore actione. *L. eum quem temere, D. de iudic.* Neque enim factum actoris nocere debet reo: nec quisquam potest mutare consilium in [7] alterius iniuriam. *L. nemo potest mutare, D. de reg. iur.* Et præterea actoris temeritas pœna digna est. *Inst. de pœn. tem. litig.*

V. Quod dicunt imperatores: *vel ius reddentis*, vel, pro &, [8] positum est, distincta oratio pro coniuncta. Nam alterum ex his non sufficit, utrumque exigimus. Et aliis in caussis disiuncta accipi pro coniunctis, & contra, in usu iuris frequens est. *L. sæpe, D. de verb. sig.* Videtur adversari huic rescripto constitutio Iustiniani, quæ refertur in *Auth. qui semel. C. quom. & quand. iud.* Vult enim Iustinianus eum qui adversarium in ius vocabit, simulatque ediderit actionem, litem ad finem usque persequi. Sed ex constitutione *Nov. de litig* 112. § *omnem.* unde sumpta est *Auth. qui semel*, apparet [9] Iustinianum loqui de eo, qui actionem differat exercere, quam nihilominus suam propriam esse velit. Nos de eo agimus, qui actionem non differat, sed omittat emendare eam, aut in totum repudiare. Quod unicuique facere permittendum est.

VI. Tractatum est, quandiu actionem editam emendare, vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an & post contestatam. Etenim in *L. non potest, D. de iudic.* traditur, si quid post constitutum iudicium accidat, non posse videri in iudicium venisse, & ideo de eo opus

nem, quæ primo instituta, sed ad omnem petitionem, etiam novam, quia in omni interest Rei, nosse quid & quamobrem petatur. Aliter Revard. *Pretrib. Cap* 9. *in fin.* putans edicto certas emendandarum actionum regulas fuisse definitas, quæ cuiusmodi fuerint, nobis non constet. Sicuti & Alciat. *ad L.* 3. *Cod. h.* 1 *n.* 4. referente Gilken. *ibid. n.* 18. certos casus quibus emendatio concessa vel prohibita specialiter relatos fuisse. Ipseque Gilken. *d. loc. n.* 19. *& seqq.* casus enumerat, quibus auctoritas edicti obstiterit, ne emendatio vel mutatio, etiam ante litem contestatam, fieret. Veluti (1). Si certum tempus solemnibus actionibus explicandis actori statutum, *ut L.* 35. *ad L. iul. de adult.* (2) Si iam antea emendavit, quem secunda vice non audiri, contra Bolognettum & alios statuit, cum plerisque aliis Gilken. *d. loc. n.* 21. *&* 2. *seqq.* tum argum. *L.* 11. *C. de reb. cred. & iureiur. L. boves* 89 § 1. *de V. S.* tum quod propudiosa videatur crebrior illa variatio. (3) Si ipsa editione ius reo quæsitum esset. Exemplum peti potest ex *L.* 41. *Cod. de transactionibus* (4) Si confessionem libello factam revocare velit *L. cum precum* 9. *Cod. de Lib. Ca.* Alias insuper, sex declarationes, ceu vocat, profert *n.* 27. *& seqq.* ubi vide. Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 1. *&* 2. Cum iuris civilis rigore a formulæ præscripto recedere, proinde nec emendare quidquam licuerit, id æquitate Prætoria temperatum fuisse, ut si quid mendæ per errorem inesset, id corrigere liceret, adde Scip. Gentil. vid. *h C N.* 6

5) Ita & Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14. ubi *n.* 15. subdit, etsi ius reddens non nisi Magistratus; nec Iudex datus contineatur; per hæc tamen verba illum non excludi, cum eadem æquitas huic iniungatur, in iis quæ ad iudicium & officium eius pertinent Neque hic intelligitur æquitas profecta a ius reddente, sed quæ in eo esse debet. Quare & cum apud Iudicem datum agitur, verum est ita decerni æquitate ius reddentis, quia Magistratus, si apud se ageretur, ita decerneret.

6) Conveniunt fere in sententia hac & verborum *& ius dicentis* expositione DD. vulgo quos plures citat Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 14. quibus adde Curt. Iun. *Consil.* 163. *n.* 4. & Zoanet. *ad d. L.* 3. *n.* 59. qui & *n.* 58. eo quoque Iudicis officium refert, ne qui prius actionem non famosam instituit, postea famosam intendens audiatur, arg. *L.* 38. *de R. V.* Aliter Scip. Gentil. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 3. qui ita: Edicti auctoritas refertur ad emendationem libelli edicto permissam; ius dicentis æquitas ad mutationem. Quæ non permissa, quia maius quid *mutare*, ubi nova actio instituitur, quam *emendare*, ubi eadem retinetur; sed ex officio a Prætore æquitatis ratione conceditur. Aliter Paul. Busius *ad L.* 1. *h. tit. n.* 36. semel mutari licere ex edicto ante litem contestatam, sine imploratione officii Iudicis; sic accipit verba edicti &c. Post litem autem contestatam non iterum sine nova interpellatione, id est, citatione & causæ cognitione, cum sententia petitioni conformis ferri debeat. Sed causæ cognitione prævia id, Iudice conscio & permittente, fieri posse, sic interpretatur verba *vel ius dicentis &c.* Sed & Menoch. *Arbitr. Cas.* 176. *n.* 2. & Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 20 *n.* 45 sic exponunt, quod Iudicis sit arbitrari, an libellus emendandus vel mutandus sit necne.

7) Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14. Gilken. *ibid. n.* 15. quia merito temeritas coercetur eius, qui in meditatione caussæ sat temporis habens libellum non iuxta rei fidem satis concinnavit, add. Ianuin *de Citat. reali Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 121. Nisi correctio ita comparata, ut nihilominus reus instructus esse potuerit, (ubi dilatio nova non tribuenda, per *Cap. litteras.* 3 *de dilat.* Obrecht. *d Cap.* 20. *in fin.*) nec quicquam damni ex mutatione sentiat, vid Gilken *d. loc. n.* 16. Et nisi omnis temeritas ac levissima quoque culpa cesset, *ibid. n.* 17. Sed & qui declarat solum libellum, seu ambiguitatem interpretatur, eum non teneri volunt, cum declarando nihil novi proponat, *L.* 51. § 1. *qui test. fac.* Bover. *Sing.* 31. *n.* 4. Gilken *d. loc n.* 16. *in fin* P Greg. 48. *Synt.* 5 *n.* 9. Ut nec qui mutat in aliqua qualitate, quæ non caussa actionis, sed moderandæ executionis, Bovet. *dict. loc. n.* 5.

8) Ita & Donellus *ad dict. L.* 3. *n.* 16. De vi voculæ *vel* vide Val. Forster. 1. *de Success. intest* 9. *n.* 3. Val. Guil. Forster. 1. *Observ. Success. ult.*

9) Ex *d. auth.* loquitur de iis, qui persecutionem tantum in præsens omittunt, non qui ipsi actioni institutæ renunciant, Donell. *ad d. L.* 3. *Cod. h tit. n.* 19. qui subterfugiunt & protrahunt iudicium, nec caussam inchoatam prosequuntur, Bronch. 1. *Enant.* 28. male itaque qui per *d. auth.* correctam esse *h L.* 3 sentiunt relati a Gilken. *ibid. n.* 139. Nam ut ideo *n.* 141. leges correctoriæ de protrahente, *d. auth* vero de tergiversante loquitur. At qui iure communi utitur, emendando libellum, non intelligitur id procrastinandi caussa facere, vide & Fachinæ. 1. *Contr.* 100. & Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 13. Plane in Camera exhibito prius summario libello, non licet postea articulatum edere, quia cum initio liberum alterutro uti, optione semel facta eligendi facultas sublata, Frider. 2. *Mand. de iudic. Cap.* 9. *n.* 3. (ubi *n.* 4. quod alia sit mutationis ratio, in qua non optio, sed iuris deductio spectatur) add. Obrecht. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 44.

opus esse nova interpellatione, quod valet, novo iudicio. Et multum interest, utrum de priore actione omittenda quæratur, an de nova instituenda. Si de priore actione quæritur, possit ne actor ab ea desciscere, quanvis reus non absolvatur: puto posse, quandiu litem non sit contestatus; nec expectandam esse sententiam iudicis ex eo iudicio; quia scilicet nullum sit lite nondum contestata. *L. 1. C. de litis contestat.* Semel autem lite contestata non puto actorem a re in iudicium deducta posse recedere, quin desiderante reo iudex de re cognoscere, & [10] sententiam ferre debeat: quoniam ita ius sit, ut iudex constitutus iubeatur de re cognoscere, & qua de re cognovit etiam pronunciare. *L. iudices, C. de iudic. L. de qua re, D. de iudic.* Estque plane ea differentia, quam statuere volunt imperatores inter actionem in iudicium deductam, quod fit lite contestata, & actionem quæ tantum sit edita in *d. L. 1. C. de litis contest.*

VII. Quod si de nova actione hoc quæritur, an actori ius sit, vetere omissa novam instituere: puto ius esse non tantum ante, sed etiam post litem contestatam. Frustra ac temere institui fateor ineptam actionem: sed non ideo [11] aptam ea institutione consumi verum sit. *L. fideiussor, de neg. gest. L. 1. si mens. fal. mod. dix. L. cum indebitum, de cond. indeb. clem. ult. extr. de appellat.* Idque esse, quod Iustinianus [12] scribit in *§. si minus, Inst. de actionib.* Quicquid actor mutet de actione, quicquid novi petat postea, id eum consequi posse eodem etiam iudicio. Cui sententiæ congruit quod scriptum est in *L. cum fundum, §. ult. D, unde vi.* recte actionem processuram, si actor in ea perseveret. Cui ipsi tantum abest, ut repugnet. *L. non potest, D. de iudic.* ut vel hoc uno loco superior sententia confirmetur maxime: in eo ita scriptum est. *Non potest videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit. Ideoque nova interpellatione opus est.* Recte. Ergo & post litem contestatam nova interpellatione agi potest de eo, quod postea accidit. At enim opus est nova interpellatione Et nos hoc loco novam interpellationem exigimus. Sic enim dicimus emendari, & mutari actionem posse, dum ita fiat, ut edicti monet authoritas. Quid autem monet? Edere actionem, qua acturus sis, & dilationem dare reo, quæ constituta est ad deliberandum: utrum cedere an contendere debeat. Tantum in tempore quod sequitur litis contestationem, inter ius vetus, & constitutionem Zenonis, quæ refertur in *d. §. si minus, Inst. de actionib.* hoc interest, quod veteribus non permittebatur post litem contestatam quicquam novi persequi, nisi nova actione de ea re a magistratu impetrata. Zenonis autem constitutione [13] effectum

10) Eodem recidit quod Donell. *ad d. L. 3. n. 20.* omittere quidem licere post litem contestatam veterem, ut ad aliam transeatur sine novo iudicio: sed ita ut reus desiderans a priori actione absolvatur Ante litem vero contestatam si mutetur, prior ita omissa actio, ut de ea nec iudicari possit, quia nec cognosci Neque id nocere reo, cum renunciatio litis ab actore facta tam illi prosit, quam absolutio, *L. 4. C. de pact.* Instituta autem nova veteri renunciari intelligitur, ut ibid Donell *n. 20.* tunc demum cum posterior ad priorem augendam vel promovendam nil pertinet. Alias secus, ut si omissa vindicatione interdicto experiatur, *L. 18. § ult. de vi arm.* Sic Vacon *d. Declar. 89 n. 13. in fin.* petitis 10. ex deposito, quæ ex mutuo debebantur, si velis, formula mutata ex caussa mutui petere, renunciare debes & instantiæ & ipsi caussæ depositi.

11) Confer. not. *supra Lib 22. Cap. 5. N. 20. & hoc lib. Cap praeced N 9 in fin. vers ubi vero ita &c.*

12) Equidem verba talia neutro loco habentur, etsi Donellus hic bis dicat, *Scripsit & scriptum est*, sed hæc sententia in se adstruitur Nam ut Donellus *ad L. 3 C. hoc tit. n. 17* cum *d §. 35* dicat errorem corrigi posse eodem iudicio, utique & lite contestata, (quomodo & arguit Vacon *d. Declar 89 n. 6.* ac Ant. Math *in not ad §. 34. & seq. Instit. de actionib.*) quia exinde iudicium excipit. Quin & in Digestis exempla tum emendatæ actionis post litem contestatam in *L. 4. § ult. de nox. action.* tum mutatæ in *d. L. 18 § ult.* Ubi pendente iudicio vindicationis, interdicto intentato, necesse est omitti vindicationem prius institutam, per *L. 13. C. de R. V. L. 3. Cod. de interdictis*. Donell *d. loc.*

13 Recte Quod confirmat Donellus *ad L. 3. C. hoc tit. n. 18.* Ante Zenonem extra id, quod in iudicium venisset, excedere potestas iudicis non poterat, *L. 19. Com. div.* Non venit autem nisi de quo actio instituta & iudicium acceptum. Ast illa Constitutione Zenonis apud eundem iudicem & eadem instantia petitione mutata agere licet. Nec si tamen obstat *d. L. 13. de iudic* Nam interpellatio ibi exprimenda non novum iudicium, sed petitio, idque ex mente Iustiniani qui omnia sua fecit. Et consentiunt fere Obrecht. *de cont. libell. Cap. 20. n. 39. & seq.* Vacob. *d. Declar. 89. n. 5. & 6.* Bachov. *Misc. disput. Cap. 1.* qui hodie essentialia libelli reformari posse citra novum processum putat, quia duæ caussæ, quæ tunc veteri obstiterint, sublatæ, (1) quod qui non apte petierat, causa cadebat, (2) quod iudex de alia re, quam de qua formula accepta, non iudicare poterat. Hodie enim apud ipsum Magistratum iudicia agitantur. Multum vero refert, utrum eodem iudicio priori, an novo, tum alias; tum quoque ratione sportularum & vectigalium, quæ ratione libelli consuetudine locorum solvi, vid Gilkeo. *ad L. 3. n. 40. & seq.* Ut ut vero hæc sint, contra se habet vulgata DD. usuque fori recepta generalis doctrina, Libellum emendari post litem contestatam non posse, & multo minus mutari. Tametsi quoad emendationem plures statuantur limitationes. De quibus plenius Gilkeo. ad *L. 3 Cod. h. t.* Zoan. *ibid. n. 17. & seq.* Speckhan *1. Q. 65.* Obrecht. *d. Cap 20,* alii *supra N. 1.* citati quos adi, adde Blarer. *in L. diffamari C. 5. n. 12.* qui nihil posse addi vel detrahi in tribus substantialibus libelli partibus, narratione, caussa petendi & conclusione. Secus in iis, quæ incidenter petuntur. In foro Saxoniæ corrigendi potestas finitur lite contestata, vel ante eam guaranda præstita, Landr. *Lib. 3. Art. 14 & Novel Elect 11. p. ubi* vid. Moller. & omnino Coler *Decis 109* aliique DD. Sax. *supra N. 1* citati. Post illam tamen litis contestationem quæ in eventum fit, vel sub conditione, si exceptiones propositæ per interlocutionem reiectæ fuerint, mutatio prohibita non est, antequam impleatur conditio. Moller. *ad Novel Elect. 3. n. 14 & ad d. Novel. 11. n. 5. p. 2.* Quid si consensus partis adversæ accedat? Gail. *1. Obs. 64. n 9* nec tunc mutationem admitti. Sed notatur a Frideru *de Process.*

fectum est, ut potestas esset priorem actionem mutandi ita, ut actor quod nunc peteret, eodem iudicio consequeretur, non novo. Quæ duo si ad sua quæque tempora revocantur, non pugnant, ut bene admonet Eguinarius Baro in *d.* §. *si minus*. Etenim ut mos iudiciorum fuit, ante tempora Zenonis tum, cum iudicia impetrabantur, non licuit quicquam in iudicium deducere, nisi eius rei iudicium esset ante impetratum. Impetrationibus actionum postea a Theodosio & Valente sublatis, consequens fuit, ut quanvis non accepto a prætore iudicio liceret apud eundem iudicem errorem suum emendare, & suum consequi: dum mutaretur iis conditionibus, quæ hic præscribuntur. Mutare actionem, & emendare is solum intelligitur, qui priore repudiata novam movet. Quod non facit is, qui priorem retinens eum ea novam aliam adiungit. Ex quo iudicari potest, quam apte, & huic loco convenienter iniiciatur in hunc locum ab interpretibus hæc quæstio, an plures actiones eodem iudicio cumulare liceat. Plura ad *d. L. edita*, disseruimus in commentario Codicis ad illum titulum. De [14] cumulatione autem actionum, ut vulgo vocant, sive de concurrentibus actionibus, ut Paulus & veteres loquuntur, diligenter a nobis expositum est supra in his commentariis libro 21. cap. 3.

CAP.

ass. extrah. Lib. 3. de Contin. causs Cap. 5. n. 3. (1) quia ideo vetita, ne reus gravetur duplicibus & variis sumptibus, item ne præ actore, cui satis temporis fuit ad concinnandum libellum, arctetur. Ergo per *L. pen. C. de pact. & simil.* (2) per litis contestationem non tam iudex quam partes ad instantiam obligantur. Ergo ut aliis contractibus communi consensu addi vel detrahi potest, ita & hic. Plane in appellationis instantia emendari libellum actionis non posse convenit, cum causa ibi ex priori libello disceptanda sit, Vacon. *d. Declar.* 89. *n.* 6. & ad hoc plures allegat Gilken. ad *d. L.* 3. *n.* 31. quibus adde Wesenbec. 18. *n.* 3. Appellatorius tamen libellus ita corrigi potest, dum non transformentur ea, quæ libello actionis comprehensa, vid. Gilken. *d. loc. n.* 34.

14) De cumulatione actionum post litem contestatam vid. præter citatos *supra Lib.* 21. *Cap.* 3. *N.* 5. in genere, in specie Zoan. ad *L.* 3. *C. hoc tit. n.* 46. *& seqq.* Coler. *ad C.* 2. iunct. *Cap. dilecti* 8. *de except. n.* 43.

Digitized by Google

C A P. V I.

De instrumentorum, & rationum editione quæ ab actore exigatur.

Rerum nexus atque ordo. I.
Rationes edere actor debet omnes: sed instrumenta illa dumtaxat quibus uti volet. Contra sentientes refelluntur. II.
Quid inter rationes actoris, & cætera eius instrumenta discriminis. III.
Fiscus, si agat, *instrumenta & rationes suas edere debet.* IV.
Edendæ rationes cum die & consule, aliter instrumenta, & quare: utraque quando edi debeant. V.

I. HActenus de edenda actione dixlmus. Et erat quidem editio actionis ad id, quod instituimus, satis. Hoc enim agitur, ut quis recte vocetur in ius, atque ita, ut quo minus veniat iure recusare non possit. Nihil autem amplius ad hanc rem ab actore exigitur; quam ut eum in ius vocet, eique actionem edat libello oblato, qui hanc complectatur. Instrumenta [1] vero sua & rationes, etsi iubetur aliquando edere: tamen id ante [2] litem contestatam nunquam facere cogitur. Instrumenta enim edere debet, sed ea, quibus usurus sit. Non potest autem dici illum instrumentis ullis usurum esse, prius, quam constiterit, illi opus esse instrumentis, & ipsum iis uti posse. Porro ante litem contestatam nec actor instrumentis indiget, neque his uti omnino potest: cum illis utamur ad rei in iudicium deductæ probationem. Rationes quoque si desiderantur, ideo desiderari constat, ut fides veri constare possit. *L. non est novum, C. de edendo.* Item ut actor fundet intentionem suam. *L. ult. C. de eod.* Quod si de fide, & probatione intentionis non ante quæritur, quam iudicium sit constitutum, idest lis contestata: perspicuum est ante litem contestatam ei postulationi locum esse non posse: sed tamen aliis in partibus iudicii istarum quoque rerum editio iuste desideratur, atque ita desideratur, ut in omnibus prope: actionem dico, instrumenta, & rationes, eadem æquitatis ratio editionem admittat: Quod cum ita esset, ne forte ea, quæ una ratione, & natura rei coniungebantur, ideo disiungerentur, quia aliis atque aliis temporibus eduntur, consulto factum est, neque ut videtur sine summa ratione, ut quæstione, de editione actionis proposita, per occasionem semel eodem loco diceretur de omnibus, quæ edi in iudicio oporteret. Et quidem prætor in ea parte edicti quæ est de edendo, simul de his omnibus edixit. Quam partem & nunc exequar. Et quoniam dixi de actione: deinceps quærendum est, quæ res præter actionem edi debeant, quibus, & quando debeant.

II. Et præter actionem, quæ actor (nam de reo separatim dicam postea, ut res quæque

1) Editio alia respicit actionem, seu petitionem ac præparatoria iudicii, de qua *Capp. præced.* Alia instructionem Processus & probationem, quæ fit post litem contestatam nec præparatoria est, sed instructoria caussæ ac iudicii, Cagn. *in Rubr. C. h. t. n. 11. n.* 43. *&* 47. Fac. *L.* 10. §. 2. *ibi ad instruendum h. t.* Rosb. *Process. Tit.* 36. *n.* 32.

2) Vulgo DD. hoc regulare quidem statuitur, ast non perpetuum. Certis namque casibus & ante cœptum iudicium editionem hanc peti posse statuunt, non ad finem probandi, aut fundandi suam intentionem, sed consultandi, cedendum, an contendendum sit. Velnti si in libello mentionem fecerit actor instrumenti, atque ad illud se retulerit, post alios Zoan. *ad Aub. Cod. h. tit. n.* 36. Carb. *Pract. Lib.* 3. *Cap.* 3. *n.* 22. Mynf. *ad Cap.* 1. *extr. de prob. n.* 41. fuse Pac. *Lib.* 1. *de Prob. Cap.* 66. *n.* 95. *& seqq.* Vult. 1. *Discept.* 6. *pag.* 63. scribens proferri hic debere instrumentum, ut editio actionis plena fiat, *die Klage darmit zu ergentzen.* Etsi vero Guid. Pap. Q. 116. & Wurm. *Tit.* 9. *Obs.* 5. distinguunt an per modum assertionis mentio fiat, ex. gr. Debes mihi 10. ex mutuo, de quo habeo chirographum; an per modum limitationis, ex. gr. Debes 10. prout constat ex chirographo &c. quasi hoc solum casu editio recusari nequeat, illo possit. Etsi idem alii magis in hoc variaverint referente Frid. *Lib.* 2. *de Mandat. ind. Cap.* 48. *n.* 4. Melius tamen idem Friderus id solum spectari, negetne reus intentionem actoris, ubi lite per hoc contestata, instrumenta producenda ad vim probationis: an dubitare se dicat, quod instrumenti allegati nulla vel non plena sibi sit notitia, ubi ad fines consultandi id exhibendum. Sicuti & distinctio Papæ displicet Ranch. *ibid. in annot.* & eam in Curiis non servari Foll. ad Mar. *P.* 6. *Act.* 10. *n.* 9. Si tamen probabile sit, reum habere notitiam eius instrumenti, aut alias de contractu illo esse instructum, editionem hanc actori non iniungi vult Mynf. *d. n.* 41. Foller. *d. loc. n.* 11. & Zoan. *d. loc. n.* 37. *per L.* 2. *h. t.* quam & de editione, quæ consultandi non probandi caussa fit, accipit, A. Fab. *ibid.* Fiscum quoque & qui pari iure fruantur, ut C. *seq. N.* 5. *initio* hoc recte exigere, ut cognoscant, an ex instrumentis adversarii fundari possit sua intentio, tradit. Mynf. *d. n.* 41. post Panorm. *ad d. C.* 1. Plane quin proprii instrumenti editio actione ad exhib. vel rei vindicatione ante litem ex eo motam vel movendam peti possit, ut dubio vacat, ita huc vix apposite a Mynf. *d. n.* 41. accommodatur, cum exceptio hæc non sit de genere regulæ. Aliter Cuiac. 10. *Obs.* 24. regulam plane contrariam statuens: Instrumenta litis edenda ante litem contestatam, ut nisi ea una cum actione reo edat, actor nihil agat. Tum ne improviso reus opprimatur, tum ne plus debito actor petat. Quin & recusata hac editione eo ipso plus petitionis periculum incurri contendit.

Digitized by Google

que distincte tradita magis intelligatur: nunc de actore loquar) quæ actor, inquam, postulanti reo iubeatur edere, duo sunt: instrumenta, & rationes. Utrumque summa ratione. Nam & instrumenta eiusmodi res sunt; quibus non cognitis non possit scire reus utrum cedere an contendere porro debeat, non magis quam actione non cognita, qua conveniatur; cum ex [3] instrumentis actionis fides & vis pendeat. Ut profecto si actionem ideo edi æquum est, ut sciat reus utrum cedere debeat; an contendere; æquum sit ob hanc ipsam caussam ei postulanti edi instrumenta, quæ id non minus præstant. Rationes autem cur æquum sit actorem edere, quia indiget pluribus verbis, dicam opportunius tum, cum de rationibus rei disseram. Sed hæc dissimili conditione actor edere iubetur. Instrumenta quidem ea solum quibus [4] usurus est; Rationes autem suas sine ulla exceptione id est, sive his usurus sit, sive non sit; sive privatæ sint, sive publicæ, aut fisci. De instrumentis ita scriptum est in *L. 1. §. ult. D. eod.* Edenda autem sunt omnia, quæ quis apud iudicem editurus est: non tamen ut instrumenta, quibus quis usurus non sit, compellatur edere. De rationibus autem aliter in *L. non est novum*, C. eod. *Non est novum*, ait Alexander, *eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit*. Idem in *L. iustum*, C eod. *Iustum est desiderium eius, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit*. Non exigunt hæc rescripta, ut actor his rationibus uti velit, prius quam cogatur eas exhibere. Volunt [5] eas edi, etsi ille his uti refugiat. Quod omnes in rationibus admittunt; sed ita ut plerique, quod de rationibus dicitur, ad cætera omnia instrumenta actoris transferant. Quam sententiam quæ res illis expresserit, non queo satis animadvertere; cum tam diserte scriptum sit in *d. L. 1 §. ult.* actorem ea instrumenta edere non compellendum, quibus usurus non sit. Aiunt, instrumenta [6] esse rationes. Quod aperte falsum est, Rationes quidem sunt instrumenta; quia his caussa instruitur. *L. 5. D. de fide inst.* sed non omnia instrumenta sunt rationes, Cum fieri possit, ut tabulæ perscriptæ sint de uno negocio. Rationes autem non sunt, nisi

3) Atqui hæc ipsa ratio efficere videtur, ut ante litem contestatam instrumentorum litis quoque fiat editio, quæ Cuiacii sententia est iam exposita. Cui vis est ut, vel ideo, non assensum firmum præbeam; sed ampliare malo.

4) Non dicitur: *quibus usus est*. Postquam enim semel edita producta instrumenta, ex quo iis utitur actor, de actis iudicii & communia effecta, ut quandocunque exhibenda sint, vid. Cagnol. *ad L. 1. Cod. hoc titulo n. 63.* Ant. Fab. *ad d. L. 1. §. 3* Nec prodest actori, si postea dicat, se nolle uti, Cagnol. *ibid. n. 60* Nec si dixerit, se producere in passibus solum pro se facientibus & non aliter, quia protestationis huius nulla vis, licet quidam tunc utilem eam esse velint, cum pars adversa illi non contradicit) quia non in potestate eius est restringere vim probationis instrumenti in iudicio producti, Cagn. *in d. L. 1. n. 6. ac seq.* vid. tamen Meno. *Arb. C. 4 99. n 74.* Verum & quando adhuc non utitur, peti potest editio, si usurus est *d. §. 3.* At unde hoc constat? Vulgo si in libello meminit instrumenti, vid. Cagn. *ad d. L. 1. n. 56.* Sed & petente parte adversa iudex interrogare debet actorem vel reum (nam in instrumentis alia præter rationes par caussa actoris & rei, Donell. *ad L. ultim. Cod. hoc tit. n. 6.* & patet ex *Cap. seq.*) num habeat instrumenta, quibus uti velit, Cagnol. *ibid. n. 64.* Atque tunc pœna non edentis hæc ut eius iure privetur, seu ut eo, quod edere iussus, non paruit, postea uti nequeat, *L. ultim. §. 1. de appell.* Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin. 2.* Blanc. *in L. diffamari Cap. 6. n. 19.* Contard. *ibid. Cap. 4. n. 59.* Non autem edenda, quæ iudici secreto, ad eius informationem, seu privati, exhibita, quia illa nec actis inserenda, nec iis iudex moveri debet in sententia ferenda, quæ sibi non ut iudici constant, Guid. Pap. *Quæst. 242. ibique in annot.* Matthæ. Cagnol. *in Rub. Cod. hoc tit. n. 18.* add Afin. *Praxi §. 22. Cap. 8. limit. 1.* Quæritur Num cum articulorum probatoriorum editio fit, non una edenda nomina testium examinandorum? Quidam negant. ob timorem subornationis, ut Ripa referente Cagnolo *ad L. 1 Cod hoc tit. n. 63.* & Bronch. *2. Ass. 94. circa fin. per L. 38. in final. princ. de recep. arbit.* Contra post *glos. & DD* Sciccia *1. de iudic. 100. n. 24.* quod nec ante incipiat dilatio ad edenda interrogatoria, quam his editis. Quia interrogantis munus non tam ex qualitate probandorum, quam ex qualitate testium perficitur. Et ita usus servat. Copiam autem interrogatoriorum adversario fieri non debere, vult Sciccia *ibidem n. 15.*

5) Nam in *dd. LL.* eduntur ad intentionem vel exceptionem adversarii probandam. Ac ita, etsi extra librum rationum obligatus debitor, ac non ex Codice rationum agat, sed ex chirographo mercator, edere tamen eum rationes suas ad probandam solutionem rei debere iudicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. defin. 16.*

6) Ita Myns *ad C. 1 extr. de probat. n. 22.* rationum appellatione omne scripti genus contineri per *d. L. 82. de cond. & dem.* aliasque impertinenter prolatas, Communisque conclusio traditur ad probandam defensionem rei exceptionem vel duplicationem; quævis instrumenta caussæ ipsi ab actore edenda. Myns *ibid. n. 21.* post alios relatos, Gilken *ad L. ult. Cod. hoc tit. n 4 & seqq.* Bover *Sing. 32 n. 3. n. 9.* Bron. *2. Ass. 94.* Old. *Consf. 1. Act. 8 Q. 4. n. 6* Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. 63. n. 117.* Frider. *Lib. 2. de Mand. iudic. C. 48. n. 8. & 9.* (qui *d. L. 1. §. 3* ita restricte accipit, nisi petatur editio ad fundandam defensionem rei; Quod tamen declarant, si exceptio meram defensionem contineat. Unde aliud statuunt. 1) Si vim actionis habeat, & impugnationem quandam contineat, ut Compensatio & Reconventio, Myns. *d. loc. n. 24.* & Gilken. *n. 10.* Pacian. *d. C. 63. n. 124. & seq.* Quod A. Fab. *C. suo hoc tit defin. 6.* in reconventione admittit, quia mutua est actio, nec a nova petitione differt, nisi quod in eadem instantia. Secus in compensatione, quæ opposita ipso iure perimit ac elidit Ac certe si in ulla defensione æquitas, ea in compensatione neganda non est. Sane ad compensationem intrinsecam, veluti computando fructus in sortem, edi debere post Dec. Fr. Callettus *Add. ad Pacian. d. C. 63. lit Q.* 2 Si crimen actori opponat, ne suum ipse facinus detegere cogatur, Gilken *in d. L. ult. n 9.* Myns *d. loc. n. 24.* Pacian. *d. loc. n. 128. & seqq.* (3 Si dilatoria Exceptio petitionis æquitatem non excludat, ut actori non esse personam legitimam standi in iudicio, Myns. *ibid* & Gilken. *n. 8.* (4) Si alias defensio a iure actionis separata, ut si possessorio agenti obiiciatur exceptio dominii, Myns *ibid n 23* Old *d. Act 8 Q. 4 n. 6.* Et ita DD. Sententia autem Donelli nostro iure verior videtur ob rationem differentiæ ut *N. 9.* & per *d. L. 1. §. 3. D. h. t.*

nifi de pluribus: fuutque eiufmodi, quæ habeant utramque paginam, accepti, & expenfi, daudi, accipiendi, folvendi. *L. fi quis*, [7] *§. rationem*, *D. eod.* Citant, quod fcriptum eft in *L. cum fervus*, in fin. *D. de conditio. & demonftrat.* eum fervum, qui iuffus eft rationes reddere, debere edere *omnia inftrumenta actus fui*. Quod ab eo non exigeretur, nifi verbo rationum reddendarum continerentur inftrumenta rerum a fervo geftarum. Sed aliud eft rationes reddere: aliud edere rationes. Reddere rationes non eft tantum edere, & exhibere libros accepti & expenfi: fed ita reddere rationem rerum illic perfcriptarum, ut quod in his factum dicis, probes. Quæ ratio, & fides nifi [8] inftrumentis rerum omnium geftarum editis conftare non poteft. Edere autem rationes nihil amplius fignificat, quam ipfos libros rationum exhibere, ut fit rationum cognofcendarum copia. Quæ cognofci, etiamfi res gefta non probetur, poffunt.

III. Quærunt ergo quid interfit inter rationes actoris, & cætera eius inftrumenta? Plurimum vero intereft. Nam cum inftrumenta de uno negocio confici foleant, certe non fiant de omnibus quæ actor geffit: nou eft neceffe hæc confecta effe de folutione debitoris: quantumvis & reus folverit, & inftrumenta actoris bona fide confecta fint: cum poffint de alia re effe fcripta. At rationes cum fiut eiufmodi, ut in has referantur omnia, quæ actor geffit, nou folum quæ dedit, fed etiam quæ accepit: fi modo perfcribantur bona fide, ut exiftimari actori ad famam utile eft: non poffunt, quin [9] contineant folutionem, & liberationem debitoris, fi quidem ipfe liberatus eft, ut dicit.

IV. Adeo autem æquum vifum eft, actorem rationes fuas reo poftulanti edere, ut ne fifcus quidem, fi agat, poffit in rationibus fuis, ideft publicis, hanc editionem recufare: ut cautum eft in *L. iuftum, C. eod.* Scribit quidem Paulus iu *L. in fraudem*, *§. neque*, *D.* de iure fifci. *Neque inftrumenta*, *neque acta*, (ideft fcripturas eorum, quæ apud procuratorem fifci cum fifco acta funt) *a quoquam adverfus fifcum edi oportere*. Sed de extraneo loquitur, quo agente poftuletur ab eo, ut inftrumenta aut acta fifci, quæ apud eum fint edat. Sciendum eft enim fi quis cum fifco agat, eum actorum poteftatem poftulare poffe, ita ut his uti poffit, fi velit: ut fcriptum eft in *d. L. in fraudem*, *§. quoties*. Sed hac lege fit hæc poteftas: ideft, hac lege ea eduntur, ue is, cui edita funt, adverfus fifcum, aut rempublicam utatur. Quod Paulus in *eadem lege* fcribit in *d. §. neque*. Cæterum ipfe fifcus fi aget, & inftrumentis aliquibus fuis uti volet, aut etiam eius aliquæ rationes eruut, ut funt, & effe debent: in his utetur [10] iure privatorum, ut quia agit, ifta etiam edere debeat.

V. Illud notandum, rationes [11] cum die & confule edi debere: quouiam accepta & data non alias poffunt apparere, nifi dies, & conful fuerit editus, inftrumenta non effe neceffe edi cum die & confule quo inftrumentum confcriptum eft; *ne quid excogitetur & prolato die fiat*: fic verba funt *L. 1 §. editiones*, *D. eod.* quæ Eguinarius Baro recte interpretatur: Non recte, *prælato*, ut in [12] Pandectis Florentinis; non enim, *prælato die*, idem eft,

7) *L. 47. §. ult. in fin. de pact.* Cuiac. 10. *Obf.* 14. vid. Gœd. ad *L.* 56. *pr. de V. S. n.* 4. ubi defcriptionem rationom, quæ *d. §.* 3. ab impugnationibus tuetur. Confer. not. *fupra Lib.* 7. *C.* 3. *N.* 3. ibique citatos auctores.

8) Ac longe plus eft reddere rationes quam edere, *L.* 89. *§. ult. de Verb. Sig.* obi vid. Gœd. *n.* 4. & LL. citatas ab eo *&* *fupra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 4. quod explicat Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurifd. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 221. *& feqq.*

9) Recte. Rationes natura fua ita conficiuntur, ot etiam pro debitore fcribantur, continentes duas paginas expenfi acceptique. Cætera inftrumenta pro eo folum confici folent, qui ea habet, non pro alio. Et ut forte quid illa habeant, quod faciat pro reo, non tamen id certom eft, non natura foa ita confici folent, Donell. ad *L.* 5. *C. h. t. n.* 5. Dices: At fi fententia *L.* 1. *§.* 3. *D. h. t.* ita generalis, ot *h. C. N.* 5. *&* 6. etiam ad rationes pertinet, cum hæ illæ fint inftrumenta. Proinde oec edendæ, oifi ab eo qui ufurus fit. Refp. Donell ad *d. L.* 5. *n.* 4. Loquitur *d. §.* 3. de iis inftrumentis, quibus actor uti poffet, fi vellet, fed io cauffa præfenti non vult, aut quia ea non fert, aut quia non libet. Rationes autem oon funt inftrumenta, qoibus oti poffit actor ad fidem pro fe faciendam, cum ipfi fint domefticæ. Ergo per *L.* 5. *&* 6. *Cod. de probat.*

10) Ita & Donell. *ad L.* 6. *Cod. hoc tit.* (Cui confent. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *n.* 118.) Nam & fifcus in contractibus privatorum iure utitur, *L.* 3. *Cod. de refcind. vendit.* maxime cum ab eo poftulatur, quod fine dolo recufari nequit, Donell. *ibid.* Non obftat quod fequitor *d. L.* 45. *§.* 6. qood ipfe fifcus oon alia conditione edat, quam ne is cui editur, adverfus fe utatur. Quia & id intelligitur, quando Fifcus tunc cum edit, oon litigat, & cui editio facta exinde contra Fifcum actionem movere velit. Confer. Pacian. *d. Lib.* 1. *Cap.* 65. *n.* 131. Attamen vigore *d. L.* 45. *§.* 5. Curia Imperii cenfuit, fifcalem edere non teneri, referente *Addit. ad Wurmfer. Tit.* 20. *Obf.* 1. *n.* 2.

11) Nam cum duabus paginis cooftent accepti ona, expenfi altera, eorum collatio in ponendo pari calculo inutilis omiffo die & Confule, Cuiac. 10. *Obf.* 14. Per Confulem enim olim tempus defignabatur, Old. *Claff.* 1. *Act.* 8. *Q.* 6. *n.* 6. Mynf. *ad C.* 1. *extr. de probat. n.* 37. Nec fine hoc explorari poteft, an imputationes probe referaotur, accepta an recte relata fiot, *L.* 82. *de cond. & dem.* Ant. Fab. *ad d. §.* 2. Hodie nomen Imperatoris vel Papæ poni folet, Mynf. *d. n.* 37. Zaf. *Par. D. hoc tit. n.* 4. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 63.

12) Cuiac. 3. *Obf.* 7. Floreotinam tuetur, cum præferre diem fit antevertere, feu anticipare, *L.* 28. *ad L. Corn. de falf.* Liv. *Lib.* 39. Eodemque fenfu putat dici diem

eſt, ut quidam putant, quod *repetita die* in *L. repetita*, *D. de fid. inſtr.* niſi forte putamus idem eſſe præferre diem, & repetere: ac quando hæc edi debeant, ex ſuperioribus intelligi poteſt. Scilicet edentur inſtrumenta, cum actor his uti volet; ideſt cum ea edet apud iudicem, ut [13] cauſſam inſtruat. Nam ante an iis uſurus ſit, qui ſciri poteſt? Rationes autem deſiderari poſſunt, quovis tempore poſt litem conteſtatam. Etenim cum recte deſiderentur, ut ex iis actor fundet (quo verbo utitur *L. cum*, *C. eod.*) id eſt, probet, & probando ſtabiliat intentionem ſuam: ſit autem actoris hanc probare, quovis tempore poſt litem conteſtatam: conficitur earum editionem quovis tempore deſiderari poſſe.

diem referri in *L.* 33. *de recept. arb.* Idem 10. *Obſ.* 14. prælato die Græc *προχειρισμένη* falſi genus Et ita quoque repetita die caponit, in *d. L.* 3. *de fid. inſtr.* Goth. *ibid.* ac Alb Gentil. *de Diverſ. temp. appell. C.* 13. Repetitus, ait, idem qui relatus, præteritus pro præſenti adſumptus, *d. L.* 3. *&* *L.* 9. §. 3 *ad exhib.* *L.* 1. §. 7. *&* 8. *de itin. privat.* Ibid. Gentil. prælatum diem, hic & *L.* 28 *de falſ.* non tantum dici, ſi præteritus pro ſequenti adſumatur, ſed etſi ſequens pro præterito, ubi repetitus dici nequit, cum repetere ſit ea præterito. Et quidem Florentinam *pralato* in aliquibus etiam manuſcriptis reperi. Vulgarem autem *prelate* in pluribus & vetuſtioribus. Prolatus autem dies eſt prorogatus, & qui brevior fuerat, in longiorem productus, *L.* 33 *de recept. arb. L.* 5. *Cod. de exact. trib.* Senec. *Herc. Furent. Act.* 1. *Sc.* 3.

Certo veniunt ordine Parcæ
Nulli iuſſo ceſſare licet
Nulli ſcriptum proferre diem.

A. Gentil. *d. C.* 13. Confer Ræv. ad *L.* 74. *de R. I.* Et ratio *d.* §. 2. ne quid excogitetur, ſeu ne quid falſi fiat, aut materia falſo fabricando præbeatur, ut *L.* 2 §. 6. *teſtam. quem aper.* immutata ſcilicet die, Cuiac. 3. *Obſ.* 7. Zoannet. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 7. Mynſ. *ad C.* 1. *de probat. n.* 38. Ac inſtrumentum quoque valet ſine die & Conſule, *L.* 34 §. 1. *de pig.* Anton. Fab. *ad d.* § 2. Et ita dies confecti inſtrumenti non edendus, ſi editio ad præparandum iudicium, vel ad deliberandum petitur, ſecus ſi probationis gratia petitur, vel ſit productio, Zoan. *d. loc. n.* 8 Anton. Fab. *Cod. ſuo hoc tit. defin.* 2 Item ſi inſtrumentum quis falſi arguere velit, ita per *L. ope.* 13 *Cod. de contr. ſtip.* Oldend. *Cl.* 4. *Act.* 8 ℚ 6 *n.* 4. Mynſ. *d. n* 38. Quod tamen declarat & coarctat Zoannettus *d. loc. n.* 9 Dies autem in quem collata ſolutio, edendus, quia pars eſt ſtipulationis, *d. L* 1. §. 2 ſine quo tota edi non videretur, *L* 1. §. *pen hoc tit* Quare ubi abſque die contractus vel inſtrumenti de hoc conſtare non poteſt, veluti ſi ita: *Infra* 7. *menſes ſolvam*, & illum edendum volunt, Zoan *d. loc. n.* 7. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 70. qui de his (die & Conſule) plura *ibid. n.* 63 *& ſeqq.*

13 Ante litis exordium vero ſi quis ediderit, niſi poſt litem conteſtatam rurſus adverſario edat, nihil priori editione actum volunt, per *Cap. venient*, 38. *de teſtib.* Zoan. *ad Rub. C. h. t. n.* 34. Nec editio ante cœptum iudicium conſultandi cauſa facta idem præſtat, niſi lite conteſtata rurſus iudicialiter producantur, & in vim probandi repetantur, Mynſ. *ad C.* 1. *de prob. n* 41. Weſ. *Conſ.* 3. *n.* 34. Vult. 1. *Diſcep. ſchol* 6 *p.* 63. Putat A Fab *ad L* 1. §. 3. *h. t.* editionem olim factam quoque apud Prætorem, eumque notari, *d. L.* 1 §. 3 non ut de facto cognoſceret, ſed ut ſciret, qua verborum conceptione formula dictanda & num addenda clauſula *ex bona fide*. Sed imo *d.* §. 3. de editione, quæ ſit adverſario, non quæ vel pretori vel iudici loquitur. Et ubi non de facto cognoſcit prætor, cui bono hæc editio? Num an bonæ fidei iudicium conſtituere debuerit iudex ex ipſa intentione litigantium propoſita æſtimandum fuit. Edenda autem ſtipulatio tota, *L.* 1 §. *pen. h. t.* id eſt totum inſtrumentum Cuiac 10. *Obſ.* 14. Quia hoc facit ad plenam ſententiam contractus eiuſque quod actum eſt, aſſequendam. Facit *L.* 24. *de LI.* A. Fab. *ad d.* §. *pen* Vulgo autem receptum eſt, ſi inſtrumentum plura capitula continet, iudici quidem totum id exhiberi, ut integrum legat, debere Adverſario autem inſpiciendi & deſcribendi poteſtatem fieri eius partis, de qua quæſtio, & ſi quæ connexa ſint capitulis de eadem materia, per *C contingit* 5. *extra de fid. inſtr.* & quia hoc ipſum totum habetur, quod petentis edi intereſt, ſeu ad cauſæ præſentis inſtructionem pertinet, *per L* 8. *pr* iunct *L.* 10. §. 2. *h t.* vid Old. *Cl* 1. *Act* 8. ℚ. 6. Zoan *ad Rub. C. h. t. n.* 10. *& ſeqq.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 38 *& ſeqq.* Mynſ. *ad C.* 1. *de probat. n.* 34. *&* 2. *ſeqq. & ad C* 5 *de fid. inſtr. n.* 7. *& ſeq.* Gail 1. *Obſ.* 106. *n* 10. Wurmſer. *Tit.* 20 *Obſ.* 1 P. Frider. *Lib.* 2 *de Mandat. iud C.* 48. *n.* 18. *& ſeqq* ubi *n* 20. id quod iudici totum ſit edendum catholicum non eſſe, nec ex *d C.* 5. probari monet. Itaque tradunt Legatario edi non totas tabulas, ſed partem, qua legatum continetur, per *L* 15. *pr. de reb. auct. iud poſſ.* item eam, ex qua interpretatio legati ſumi poteſt, Zoan. *d n.* 10. *& ſeq.* Mynſ. *ad d. C.* 5. *n.* 10. *& n* 12 Quia vero editio ſit ſine die & Conſule, ut *d C. N* 12 infert Cuiac. 10 *Obſ.* 14. initio edi exemplum, non proferri authenticum, & facit *L.* 11. *h t.* ubi Ant Fab. collatum ut ſit id cum authographo requirit. Etſi ad probationis vim ipſum authenticum requiratur, *auth ſi quis*, *C. h. t.* Wultei 1. *Diſc.* 6. *p* 63. Roſbach *Proceſſ* I. 36. *n.* 29. Quando edendum originale vel apographum, ſcilicet copia, vide Pacian 1. *de Probat.* 66. *n.* 78. *& ſeqq.* Frider. *Lib.* 2. *de Mand iudic. C.* 48. *n.* 14 *& ſeqq.* Wurmſer. *Tit* 20. *Obſ.* 1. Rulant. *de Commiſſ. P* 2. *Lib.* 5. *C.* 18. Mynſ. *ad C.* 1. *de probat. n.* 43. *& ſeq.* Confer. *idem* 6. *Obſ.* 73.

Digitized by Google

CAP. VII.

Quarum rerum editio a reo exigatur.

Acta publica & instrumenta privata communia edere debet actore desiderante reus, I.
Item rationes suas ex caussa: caussa talis unde ducatur. II.
Sine caussa rationes suas reus edere non cogendus. Exponitur L. ipse dispice 1. & L. qui accusare 4. C. de ed. III.
Contrariis occurritur: simulque L. & quæ 8. C. de ed. *illustratur*. IV. V.
Aditus ad Cap. seq. VI.

I. Videamus, nunquid sit quod eodem exemplo desiderante actore reus edere debeat, ad eum instruendum. Et quæ de actore constituta sunt, eadem in reo, qui defensione aut exceptione aliqua utitur, locum habent omnia. Petuntur decem mutuo: Reus se liberatum dicit, non tantum genus liberationis dicere debebit, veluti se solvisse; sed etiam omnia instrumenta edere, quibus in eam rem usurus sit: & præterea suas rationes etiam, quibus non sit usurus. Instrumenta autem iubetur edicto edere omnis qui iis in caussa usurus est. *L. 1. §. ult. D. eod.* At, neque de exceptione edenda quidquam nominatim cautum est edicto, neque de rationibus a reo edendis ullum verbum est in Constitutionibus. Sed cum edictum & constitutiones eum qui agit, item actionem nominant: his [1] verbis satis reus, qui exceptione utitur comprehenditur: agit enim, qui utitur exceptione, & reus in exceptione actor est. *L. 1. D. de exc.* quod scripsit Ulpianus *Lib.* 4. ad edictum: quo ipso libro scripsit ad eam partem edicti, quæ est de edendo: ut indicat inscriptio. *L. 1. D. de except.* ut vel hinc appareat supra scriptam rationem ad interpretationem Edicti de edendo fuisse accommodatam, ut probaret, quod eo edicto de actore scriptum est, per omnia ad reum, a quo exceptio affertur pertinere. Et in actis publicis, itemque in instrumentis [2] communibus eadem huius, quæ actoris caussa est, ita qui ea apud se habeat, & instrumenta privata communia, itidem reus actori, ut actor reo exhibere debet: est enim utrumque eiusdem rationis. *L. 2. L. procurator, D. de eden.* In privatis, quæ ipsius propria sunt, caussa dissimilis.

II. In quo fere solum quæritur de eius rationibus, an eas postulanti actori exhibere debeat. Non enim quærimus an exhibe-

1) Recte. Et ita Accurs. *in L. 1. h. t.* voculam actionis largissime hic poni, ut exceptionem complectatur. Tametsi Cuiac. *Par. D. de exc.* Gæd *in L.* 8. §. 1. *de V. S. n.* 3. appellatione actionis in hoc edicto nullam exceptionem contineri, per *d. L.* 8. §. 1. ac P. Fab. *ad L.* 92. *de R. I*, Quasi exceptio ipsa non itidem actori, uti reo libellus actionis, edatur. Et ita Monach. *Pract. P.* 5. §. 6. *C.* 2. actionem & exceptionem præter alia natura & forma proponendi differre. Neque exceptionem necessario edi. Ac certe quæ ratio est edendæ actionis, (deliberatio rei) in exceptione cessat, *L.* 42. *in fin. de R. I.* Plane quin instrumenta, quibus exceptionem aut defensionem suam fulcire vult reus, edenda sint, non negat P. Fab. *d. loc.* Regula enim: Reus edere actori non cogitur, accipiatur oportet de iis instrumentis, quibus non usurus. Sic enim in *L.* 4. *C. h. t.* species ea, ubi non probante actore reus vult absolvi, nihil ipse præstans, vid. Don. *ibid. n.* 2. Ut autem edat ea quibus usurus, alia regula facit, *L. 1. §.* 3. *D. h. t.* quæ generalis, ad reum quoque pertinens, Don. *ad L. ult. C. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. cas.* 499. *n.* 71. Pacian. *Lib.* 1. *de Prob. C.* 63. *n.* 130. Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 20. etsi, inquit, illud instrumentum in certis solum capitulis producat. Sed ibi una probare & edere cogitur capitula annexa non separata, vid. Menoch. *d. loc. n.* 74. Quod vero hic Donellus in exceptione edendas quoque rationes Rei, quibus non usurus, in eo uti alii alia omnia tradunt, qui nec in privatis rationes ab instrumentis aliis secernunt, ita ipse hoc declarat *ad L. ult. Cod. h. t. n.* 7. *&* 8. quod ita cogatur eas edere, si excipiendo fateatur de intentione actoris. Tunc enim editio rationum, quæ exigitur a reo, non utique ad fundandam intentionem actoris spectat, quippe quæ confessione iam satis fundata est, sed ut fide defensionis constet. Secus est si inficiatione pariter & exceptione utatur reus, e. g. Nego te mutuo 10. dedisse, & si dedisti, pacto aut solutione liberatus sum. Hic non cogitur edere rationes, ne actorem adversus se armet, si forte creditum in rationes retulerit, solutionem autem non item: adde *h. C. N.* 11. Reconventionis libellus ut a Reo actori edendus vid. Io. Peis *Protoss. Tit.* 25. *n.* 3. *& seq.*

2) Menoch, *Arb. Cas.* 499. *n.* 76. Fr. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 10. *n.* 25. *&* 32. Et quod testamenta inter heredes ac legatarios communia, Gail. 1. *Obs.* 106. *n.* 5. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 80. Quæ dicantur & quot modis fiant communia instrumenta, Consule Don. ad *L.* 7. *Cod. hoc tit.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 6. 4. *n.* 91. *& seqq.* & Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 6. Et ita dominus feudi & emphyteuseos recte petit, edi a vasallo vel emphyteuta libros conscriptos, de rebus istis, ceu communes, vid. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 81. Rulant. *d. C.* 19. *n.* 9. Pacian. *Cons.* 155 *n.* 12. *& n.* 18. *ac seq.* Atque hæc communia instrumenta rei vindicatione ac ad exhibendam actione peti posse, cum & pro parte meum vindicari queat, Donell. ad *d. L.* 7. *n.* 6. vid. Pacian. 1. *de Probat.* 63. *n.* 142. *& seq. &* C. 66. *n.* 29. Edenda quoque volunt cum verosimile vel præsumptio est, quod sint communia. Plerumque enim instrumenta communia apud digniorem, & in loco magis securo reponi solent, iuxta *L.* 4. §. *ult. L.* 5. *Fam. erciscund.* Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 228. In duplicibus quoque iudiciis, cum uterque sint actor & reus mutuo sibi edere debent, etsi rationes alterius propriæ, ut *L.* 8. *pr. Famil. erciscund.* ut Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. t. n.* 18. Zoanett. *ibid. n.* 42. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 129. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 85. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 48. *n.* 10.

Digitized by Google

hibere debeat exceptionem, qui hac non utitur: an debeat exhibere instrumenta, quibus usurus sit; a quo nulla probatio exigitur eum neget. *L.* 2. *D. de prob. L. actor. C. eod.* instrumenta autem alia ne actor quidem reo exhibere eogitur. *L.* 1 *§. edenda, D. eod.* Sed ut actor rationes suas debet edere, etiam si his usurus non sit: ita eodem exemplo æquitatis moti non temere dixerimus[3] reum contra rationes suas actori edere debere. Et de eo ita scriptum est in *L.* 1. *C. eod.* ut reus rationes suas exhibeat *ex caussa ad officium iudicis pertinere*. Ergo si caussa est, hoc tribuitur postulanti actori, ut ei etiam rei rationes exhibeantur; si non est caussa, frustra id desiderat. Caussæ[4] id desiderandi partim ex conditione actoris, si delator est, qui quid nuntiat fisco ex caussis *L.* 1. *D. de iur. fisc.* comprehensis. Huic reus iubetur non rationes suas tantum: sed etiam instrumenta ad caussam fisci pertinentia exhibere. *L.* 2. *§.* 1. *D. de iure fisci.* Præterquam si de[5] capitali caussa agatur. *L. senatus, D. eod.* Ex conditione & persona rei, si est argentarius, eum quo agitur, & rationes ad actorem pertinent, a quo id desiderari potest, non tantum si agat, aut cum eo agatur: sed etiam si nihil nobis eum eo sit negotii, ultro cum eo est actio nominatim edicto de edendo a prætore constituta. *L. prætor, D. de ed.* in eadem caussa est argentarii[6] heres. *L. quædam, §. nihil, D. eod.* Eaque pars est edicti, quæ præcipue sub Titulo *de edendo* explicatur in Digestis. De qua nihil necesse est plura verba hoc loco facere, sive quod res ex eo titulo facile possit intelligi, sive quod[7] horum hodie nullus sit usus; nisi quis forte eos cum[8] Notariis nostris comparet. Eiusdem iuris est omnis,

Tom. VI. F 2

3) In quo rescripto negatur editio actori, & hæc eius sententia: Non nisi ex caussa fit editio a reo. At in præsenti caussa non subest. Ergo. Donell. *ibid. n.* 2. *&* 7. Qui errare DD. vulgo ostendit, qui aliter accipiunt indeque mire digladiantur, quomodo mulier argentaria esse possit, cum tamen *d. L.* 1. de argentaria non loquatur. Et si omnino decisio affirmativa foret, deberet accipi de muliere, herede argentarii, cum Accurs. Donell. *d. n.* 7. vid Fachin. 11. *Controv.* 85. Petr Aldobrandin. *interpr. d. L.* 1. pro Ludov. Cato adversus Marium Arcadem, qui longe aliter exponit Quasi decisio quidem negativa sit, sed hoc sensu: *Ex caussa*, id est, ordinarie quidem & regulariter fit ab argentario editio, quoties scilicet caussa ea aut negotium, in quo ultro citroque dandi & accipiendi negotiatio, *L.* 6. §. 3. *h. t.* Tale autem non est depositum *d. L.* 1. quod unica datione consistit. Ergo ab argentarii non edendum perinde atque nec pignus vel mandatum *d.* §. 3. Alii ex verbis *d. L.* 1. *ex caussa ad officium*, &c. colligunt, quod certis casibus iudicis officio reus edere cogatur, etiam non petente adversario. Quos refert Ann *de Exsecut* 4. 3 C. 94 *ac seq. ac* C. 217. *& seq.* Aliter ea verba exponit Menoch *d. Cas.* 499. *n.* 3. *&* 4.

4) Vulgo DD. longe plures exceptiones tradunt, quas congessere Zoan. & Gilken. *ad d. L.* 1. *Cod h. t.* Mynf. *ad C.* 1. *de probat. n.* 12. *& seqq* Frider. a. *de Mand. ind.* 48. *n.* 10. Rulant. *de Commissar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. pluribus Menoch. *Arb. Cas.* 499. Et Valasc. *Iur. emphyt. Q.* 8. *n.* 6. scribit Socinum tot fallentias regulæ negativæ proferre, ut satius foret, regulam affirmate concipere & pauciores casos excipere. Et tamen regula negativa disertis LL. verbis prodita est.

5) Et ita accip. *L.* 3. *D h. t.* ubi quæ edere debeat reus fisco tractator, non quando. Et quando ex caussa civili agit fiscus, damnum evitare satagit. Nec idem Privilegium illi, si ad lucrum & pœnam agit, ne & tunc turpitudinem ipse suam Reus detegere teneatur, Bronch. 2. *Ass.* 94. Quomodo inter caussas civiles & criminales distinguit Don. *ad L.* 1. *C. h. n.* 3. Zoan. *ib. n.* 13. Ias. *n.* 8. Cagnol. *n.* 65. *& seqq.* (qui generalius in caussa lucrativa hoc Privilegium fisco negare videtur) Gilken. *n.* 8. Mynf. *ad C.* 1. *de probat. n.* 12. Gail. 1. *Obs.* 116. *n.* 12. Menoch. *Cas.* 499. *n.* 43 Qui de hoc fisci privilegio latius inquirit, ut & Cagnol. *d. loc.* Bron. *d. Ass.* 94. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C* 19. *n.* 7. *& seqq.* (ubi inquirit, an idem in iis qui caussam vel ius habent a fisco) Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 46. *& seq.* Produci hoc privilegium fisci solet ad causas ecclesiæ aliusque piæ causæ, matrimonii, dotis, alimentorum, libertatis, miserabilium personarum, Studiosorum, quasvis denique favorabiles. De quibus consule Zoan. *ad d. L.* 1. *n.* 26. *&* 3 *seqq.* Gilken *d. n.* 8. Mynf. *d. n.* 12. Menoch *d. Cas.* 499. *n.* 46. *&* 7. *seqq.* Rulant. *d. C.* 19. *n.* 11. Pacian. *d. loc. n.* 47. *& seqq.* Ac in specie; quod favore piæ caussæ reus edere teneatur, Tiraq *Priv.* 155. Quod item Studioso actori edendum sit ab adversario, Horat. Luc. *Privil. schol.* 75 Rebuff. *Privil. scholar.* 116 Eberh. Speckhan *Cent.* 2. *Cl* 1. *Q.* 14. *n.* 7.

6) *L.* 6. §. 1. *hoc tit.* Et qui ab iis ius cessum habent, per ea quæ A. Fab. *C. su. hoc tit. defin.* 17. vid Old. *Cl.* 1. *Act.* 8 *Quæst.* 5. Et hi quidem, ratione officii publici, etiam tertio edere cogebantur, *L.* 10. *pr hoc tit. & simil* Ac Cuiac. 10 *Obs* 14. duo edicta proposita fuisse censet: (1) quo iubetur actor reo edere, 2) quo argentarius rationes cuique suas Inde Muret. *Obs. iur C.* 9. verbis edicti *L.* 4 *pr h.* 1. voculam *cuique* interserit legens: *rationem cuique; &c.*

7) De argentariis eorumque officio ac fide abunde tractatum reperies apud Cuiac. 10 *Obs.* 14. *ad L.* 27. *pr. de pact & ad Nov* 136. P. Fab 2. *Semest.* 15. *pag.* 243 *& seqq.* P. Nann. 2. *Misc* 10. Revard 1 *Var* 15 P. Aldobrandin. *interpret. L* 1. *Cod. hoc tit.* Cagnol *ad d. L* 1. *n.* 78. *& sequentib.* Arn. ab Haerlolte *Adversar. Act.* 14. *n.* 17. *&* 2. *sequentib.* Henric Salmuth. *ad Pancirol Lib.* 2. *C.* 18. *pag.* 100. Menoch. *Arb cas.* 91 Fr Munnoz. *de Ratiocin. C.* 11 Speckhan *Cent.* 1. *Quæst.* 68 Alio sensu argentarii in *L.* 1. *Cod. de excusat. artif* qui signant argentum. Et ita Argentarius pro fabro, qui operatur de argento, Iul. Firmic. *Lib.* 3. *C.* 4. Lamprid *in Alex.* Serv. 1. *Æn* Isidor. *Lib.* 19 *C.* 7. citante Io. Savarone *in Comm. ad Sidon. Lib.* 4 *Epist* 8

8) Ad quos hoc produci vulgo obtinuit, teste Mynf. *ad C.* 1. *de probat. n.* 15. Oldendorp *Cl* 1 *Act.* 8. *pag.* 88. Asin. *de Exsec* §. 3. *C.* 95 *n.* 1 ; volens pauperi sine mercede ab his edendum esse, A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. Gail 1. *Obs.* 106 Pacian. *Lib.* 1 *de Probat. C* 64 *n.* 5. *& seqq* Fr Pfeil. *Cons* 174. *Volum* 2. requirens ad hoc 1) ut contineat instrumentum utilitatem petentis editionem (2 ut eo mandante confectum sit. Nam & alias ut quis muneris publici ratione edat, veluti argentarius, receptius est duo requiri, & ut petens editionem mandaverit instrumentum conscribi, & ut de re sua agatur, per *L.* 6. § 5 *hoc tit* vid Menoch. *cas.* 499 *n.* 15 *& seqq.* (ubi docet sufficere præsumptione mandati, ut & Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. tit. n.* 7. *per L* 60 *de R. I. L ult. C. de fideiuss.*) Moller. 5. *Semestr.* 87. Fachin. 11. *Contr.* 84. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat C* 65. *n.* 1 *& sequentib & C.* 64. *n* 31. *& seqq.* Cui c. 10. *Obs.* 24 Cagnol *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 34. *& seqq.* vid tamen Gail 1 *Obs* 106. *n.* 1. *&* 2. Sunt qui mercatores ad instar argentariorum hac necessitate obstringi volunt, ut Bart. & alii relati a Menoc. *d. lo. n* 37. communem testante, ac probat Zoan *ad L.* 1. *C. h t. n.* 8 *&* 2. *seqq* Munnoz. *de Ratiocin. C.* 10. *n.* 25 Verum cum non æque hodie Mercatura, uti olim Argentaria, publicam caussam fidemque habeat, id reprobant Don. *ad d. L.* 1. *n.* 4. Bover. *Sing.* 32. *n.* 8. Menoch. *d. loc.*

Digitized by Google

omnis, qui res alienas administravit, procurator, tutor, socius, qui societatis negotia gessit, & similes, qui 9 omnes rationes gestus sui conficere, & domino aut socio petenti edere, & rationem reddere debent. *d. L. quædam, C. eod.*

III. Quod si privatus cum privato agat non ex administratione negotiorum suorum, & rationes adversarii sibi exhiberi desideret, constitutum est, eas illum edere non cogendum: quæ sententia est *d. L. C.* eod. *Ipse dispice*, ait Antoninus, *quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex caussa ad officium iudicis solet pertinere.* Hoc perinde est, quasi diceret, Quod desideras de rationibus adversariæ, non impetrabis. Ut enim reus actori cogatur rationes suas exhibere, pertinet id quidem ad officium iudicis: sed ex caussa: quæ caussa in proposito nulla est. Ut merito dicat actori providendum quomodo aliter de re doceat: cum

loc. n. 38. Fachinæ. 11. *Contr.* 89. A. Fab. *ad L.* 10. §. 1. *b.* 1. quia nec Romæ eodem tempore, quo argentarii erant, deerant mercatores Nec de iis quidquam vel Prætor edixit, vel Consulti dixerunt. Sed & qui dissentiunt conclusionem suam restringunt ad libros rationum, quos palam in officinis habent. Secus in iis, quos domi secreto habent, pro sua instructione, Menoch. *ibid. n.* 39. Zoan. *d. loc. n.* 11. Pacian. *d. C.* 63. *n.* 12. Gilken. *ad L.* 1. *C. h.* 1. *n.* 6. enm primis hic sequendum monet, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quod si mos regionis non appareat, tunc spectandum, an libri illi fidem aliquam pro scribente faciant. Eoque casu edendos, cum id familiare sit mercantibus fide interposita, ut rationibus id adscribi curent. Iure Canonico quoque actori edere tenetur reus odio personæ, si fœnerator vel usurarius, si & de usuris exactis, seu ad earum restitutionem agatur. Qui mediante censura ecclesiastica rationes suas edere compellitur ut possit convinci de usuraria pravitate, *Clem.* 1. §. *cæterum de usur.* De quo & num pariter Iudæus fœnerator teneatur, vid. Zoan. *ad L.* 1. *C. hoc tit. n.* 20. *& seq.* Cagnol. *ibid. n.* 69. Mynſ. *ad C.* 1. *de Probat. n.* 13. Menoch. *d. C.* 4. 99. *n.* 21. *& sequentib.* Raudens. *Decis.* 7. *n.* 60. *& sequentib.* Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 7. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 12. *&* 13. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *& sequentib.* Fachinæ. 11. *Con.* 87. Quod ad nautas, caupones ac stabularios protrahunt, argum. *L.* 1. §. 1. *Nautæ, caup.* Menoch. *d. loc. n.* 26. Mynſ. *d. n.* 13. Sed id displicet Zoanetto *d. loc. n.* 31. & Fachinæ. 11. *Contrav.* 88. tum quod horum ars non illicita ut fœneratitia, tum quod ratio *d. §. cæterum*, quæ in usurariis, quod clam & secreto contractus incant, in his cesset. De publicanis idem docent relati a Menoch. *d. n.* 62. & probat Mynſ. *d. lo.* Gail. 1. *Obs.* 106. *n.* 13. Pacian. *d. Cap.* 63. *n.* 89. *& seqq.* quod male de iis LL. suspicentur *L.* 12. *de Publica.* (ob fraudes eorum consuetas, de quibus Duar. *ad eum tit. D. C.* 1. Tiraq. *de Nobil. C.* 34. *n.* 32. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 19. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 12.) Contra Zoan. *ad d. L.* 1. *n.* 38. *& seqq.* quia Publicanus non eo ipso peccat quod hoc officium gerit. Quin honestus olim & splendidus eorum ordo, vid. Tiraquel. *d. Cap.* 34. *n.* 33. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. iur. civil. Rom. C.* 4. Hering. *de Fideiuss. C.* 5. *n.* 311. *& seqq.* Attamen Menoch. *d. n.* 36. priorem opinionem ita admittit, si de eo ipso lis contra Publicanum, quod male in munere suo versatus, plus æquo exegerit. Hæreseos quoque reum teneri edere libros suspectos, Menoch. *d. loc. n.* 15. & Ioan. Nicola. Arelatensis *Tr. de Hæretic. Notab.* 21, *n.* 2. (habetur *Tomo* 2. *Prax. rer. criminal.* Franc. Modii,) Et alias quoque sæpe in criminalibus domus reorum, inquisitorum iussu improviso perquiruntur, num litteræ aliave ad convincendum reum reperiri queant, vid. Tranquill. Ambrosin. *Lib.* 1. *Process. informativi C.* 5. Istis vero casibus, rationibus Rei editis, convinci potest reus ab actore, ut fides illis contra auctorem habeatur, quia non est verisimile, quod quis contra se falso scribat, etsi pro eo non probent, *L.* 7. *C. de prob.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 18. Donell. *ad d. L.* 1. *n.* 6. *& ad L.* 5. *n.* 1. Nec obstat quod nuda ratio non faciat debitorem, *L. nuda* 26. *de donat.* Etsi enim ipsi non faciat enm oon sit ex causis obligationem parientibus, tamen eum in rationes relatum est ex aliqua caussa deberi (ex. gr. mutui) fides huius caussæ adversus debitorem peti potest, Donell. *d. n.* 6. A. Fab. *ad L.* 4. §. 1. *h. t.* Aliud enim est constituere, aliud vere debiti, aut soluti adferre probationem, Donell. *ad d. L.* 5. *C. h. t. n.* 2. Quando tamen actor tali libro rationum edito utitur pro se, tenetur quoque acceptare contra se, in capitulis connexis, arg. *L. Caius* 11. §. 1. *de usur. L.* 16. *in fin. de administr. tut.* Cagnol. *ad d. L.* 1. *n.* 20. Edenda autem ratio a capite, nam ni inspiciatur, scilicet ita (in manuscripto veteri notat Hot. 8. *Obs.* 15. legi *ratio nisi a capite, &c.* Sed parum refert) Intelligi non potest, non tamen ut totus Codex, sed ea pars rationum, quæ ad instruendum pertinet, inspiciatur & describatur, *L.* 10. §. 2. *h. t.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 33. Sed hoc in argentario, qui plurium rationes uno libro compleans est, quod & in mercatorum libris locum inveniet, vid. Prideric. *Lib.* 2. *de mand. iud. Cap.* 49. *n.* 11. *&* 12. In iudiciis autem generalibus; tutelæ, pro socio, solemne est totum librum rationum edi, *L. Lucius* 46. §. 5. *de administr. tut.* Cuiac. *Consul.* 29. addantur notata *Cap. praced. N.* 13.

9) Vid. Zoanett. *ad L.* 1. *C. h. t.* n. 33. *& sequent.* Mnnnoz. *de Ratiociniis administr. Cap.* 10. & passim Frider. 2. *de Mandat. iud. Cap.* 49. Sed hi tenentur propriis actionibus *d. L.* 9. *pr.* vid. Cuiac. 10. *Obs.* 14. Donell. *ad L.* 1 *Cod. hoc tit. n.* 9. Gœd. *ad L.* 89. §. *ultim. de Verb. Sig. n.* 4. fuse ac singularim Rulant. *de Commissar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 7. *& seqq.* Alii vero, quibus ex edicto edendi necessitas, metu actionis in factum, *d. L.* 9. *pr.* Prius enim officium iudicis imploratur, qui re summatim cognita edi iubet. Et si non pareat iussus, tunc demum actio in factum, Mynſ. *ad C.* 2. *de probat. n.* 29. *& seq.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 8. Q. 4. Gœd. *d. n.* 4. Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 22. & plures citati a Rulant. *P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 5. Meisch. *Tom* 3. *Decis. Cam.* 34. Quam opinionem communem propugnant Bellon. 2. *Suppus.* 11. *n.* 2. *&* 4. & Fachin. 11. *Contr.* 90. etsi Bellonum refellere nitatur Zoan. *ad Rub. C. h. t. n.* 21. *& seqq.* in id quod intersuit, *L.* 6. §. 4. *h. t.* tunc cum decerneretur, non quod hodie interest *L.* 8. §. 1. *h. t.* Quod explicatur *L.* 10. §. *ult. h. t.* Quod interesse vere probandum *d. §. ult.* non iureiurandum in litem, Bellon. *d. n.* 3. Dices. At quomodo probari potest quod intersit, nisi probato debito. Quod si potest aliunde probari debitum, supervacua fuit editio, ideoque impunis recusatio. Resp. est in *d. §. ult.* si ob non edita instrumenta rem amisimus, potest esse ut postea, undecnoque illa nacti, vel aliis probationibus quibus antea caruimus, istud probemus, Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 8 Officii autem iudicis implorationi subnecti posse sub conditione, si non ediderit actionem hanc, & eodem libello proponi, Myn. *ad d. C.* 1. *n.* 32. Obiic. At cur argentarius non tenetur mandati, cum non edat, nisi rationes quas mandante eo tractavit, qui edi petit. Resp. Cuiac. 10. *Obs.* 14. Mandati actione non tenetur omnis, cui mandatum est, sed Procurator, qui aliena negocia administravit. Conscribere autem rationes non est administrare negotia. Vereor ut apposite. Plane si suscepto mandato argentarius rationem non conscripserit, mandati tenetur, quanti rationem scriptam esse interest, P. Aldobrand. *in L.* 1. *C. h. t. pag.* 12. Aliam quoque hic pœnam in potestate iudicis esse vult Donell. *d. n.* 8. ut iussus edere detrectans habeatur pro convicto, per *L.* 2. §. 1. *de iur. fisc.* iunct. *L.* 20. *in fin. C. de probat.* Sed & in usu sunt mandata compulsorialia pro editione, de quibus Frid. 2. *de Mand. iudic.* 47. *& seq.* Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 12. *& seqq.* Quibus casibus alius privatus, qui nec agit, nec convenitur, edere compellatur, vid. Frid. 2. *de Mand. iudic.* 48. *n.* 11. Pacian. 1. *de Prob.* 66. *n.* 85. Mynſ. *ad d. C.* 1, *de probat. n.* 36. *&* 2. *seqq.* Moller. 5. *Semestr.* 87.

cum futurum sit, ut illo non probante reus absolvatur. *L. qui accusare, C. eod.* Et recte innuit in proposito nullam esse caussam cur adversaria cogatur edere suas rationes. Nam & qui desiderat rationes sibi edi, privatus est, non fiscus: & qui ad hoc officium vocatur, reus est, non actor: & is reus, qui non sit argentarius. Mulier enim est, cum qua agitur. Mulier argentarii officio fungi non potest. *L. penul. D. eod.* Sed nec tanquam cum herede argentarii agitur. Caussa autem petendi ex deposito nominatim, non ex administratione. Postremo quæ rationes desiderantur, eæ sunt eius propriæ, quæ convenitur. Quapropter nihil est in proposita specie, cur adversaria actori rationes suas exhibere cogatur. Ex quo recte ita definiemus: Nulli actori privato reus privatus rationes suas proprias cogendus est edere.

IV. Cuius iuris redditur ratio alio rescripto eiusdem tituli: nempe *L.* 4. diceret enim aliquis, At iniquum est, reum rationes suas actori non edere: cum rationibus eius inspectis veri fides possit constare, & statim ab omni lite discedi. Est boni Iudicis verum inquirere ac tueri: & probationum facultas angustari non debet. *L. quoniam*, in fin. *C. de hær. & Manich.* tum quæcumque facultas detur, lites minuere. *L. iudices, C. de iud. L. quidam, D. si cer. pet.* Imo, inquit [10] eo rescripto Antoninus, *neque iuris, neque æquitatis ratio permittit, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat*. Non iuris: ut quod contra constitutum erat, & iam olim semper obtinuerat. Non æquitatis, idest, æqui boni, & iuris naturæ, seu gentium. *L. penult. D. de iust. & iur.* duabus de caussis. Primum quia ita lex sit naturæ, unumquemque moderatorem esse debere & arbitrum rei suæ. *L. in re mandata, C. man.* Deinde, quia & hæc alia sit lex eiusdem naturæ, Neminem alteri incommodare debere. *L. solvendo, D. de nego. gest.* Qua eadem lege multo magis in nos ipsos iniurii esse, nosque lædere prohibemur. Lædit autem se qui rationes suas, quibus vincatur adversario edit: idest, arma in sese adversario subministrat. Quod ipsum nimis grave est. Ut est in *L. nimis, C. de testib.* Nimis: quia bis grave & quod perit qui id faciat, & quod perit eius opera, per quem maxime ipsum salvum esse oportebat, idest sua. Ut non minus vere, quam concinne & eleganter illud dictum sit a vetere poeta

Interimitur his, qui suis armis perit.

Iudex quidem verum tueri debet: sed cognitum. Inquiret in hoc ipsum, ut id cognoscat: sed honestis, & legitimis rationibus, non ut reo iniuriam faciat, eique ius de re sua statuendi, ut velit, adimat. Neque vero cum reum rationes suas exhibere non coget: idcirco lites non minuet Iudex. Augeret potius si hanc editionem illi imperaret: cum secundum regulam iuris: actore non probante statim litis finis esse potuerit: debuit enim absolvi. Sed enim dicat rursum quispiam: non sit æquum fortasse, reum rationes suas in se exhibere, ut ipsi noceant; at saltem æquum ob id eum edere, ut se suspicione liberet, & probet se nihil accepisse. Quod fiet, cum ostendit nihil se de eo retulisse in rationes suas. Huic obiectioni tacitæ occurrit Antoninus ea ratione, quam in extremo superioris rescripti posuit & quam paulo ante retulimus. *Actore enim*, inquit, *non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit*. Hoc enim voluit intelligi, nullo modo esse æquum reum rationes suas exhibere: non dico si ipsi noceant: sed ne tum quidem, si ipsum adiuvent. Nam etsi faciant pro eo: tamen de se nihil cogitur probare, satisque est ad eius defensionem, quod actor nihil probat.

V. Sed de æquitatis ratione, quam dicit Antoninus, minus potuit dubitari: at iuris

10) *L.* 10. §. 4. *de* Q.Q. *C.* 1. *extra de probat.* Adhæc iniquum arcana domus aliis prodere cogi, quæ his rationibus contineri possunt, nec temere publicanda. Alias hinc sæpe cavillandi occasio non veritatis indagandæ præberetur. Posset & quis vel ideo calumniosam actionem intendere, ut arcana ædium alterius scrutetur, Gilk ad *L.* 1. *C. h. tit.* n. 23 *&* ad *L. ult.* n. 2. Equidem iniquum esset hoc negare actori, si constaret rationibus Rei scriptum, quod debeat. At quis de eo non constet, iniquum foret, si sua alteri communicare cogeretur invitus, Don. *ad L.* 1. *C. h. t.* n. 9. ut & hoc iuri adversum, ut actore non probante reus quidquam præstet, *L.* 4. *C. h. tit.* ubi Don. n 4. Plane si instrumentum subtractum reo ab alio, bona fide ad creditorem, etsi per manus suas, pervenerit, ex eo recte agi iudicatum refert, licet aliud sit, si ipse subtraxerit, A. Fab. *C. suo h. tit. defin.* 9. Obiic. Atqui reus tenetur respondere positionibus, *C.* 2. *de confess. in* 6. *Clem* ap 2 § *quia de V. S.* & ita adigitur, ut sua se voce impugnet. Resp. Plane Positionum usum post astructum iudicium consuetudo, non ratio iuris defendit, ut Mynf. *ad C.* 1 *de Probat.* n. 10 & Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. t.* n. 21. Zoanett. *ibid.* n. 5. & Cagnol. n. 28. ste Schulr. alios citans *Obs. forens.* 4 n. 19. (idemque in foro Saxoniæ contrario usu sublatus post Fachs. *Diss.* 48 Schult. *d. Obs* 4. n. 10. *& seqq.*) Non tamen ideo hoc ius correctum, ceu correcta ratione ut olim Cor referente Cagnol. *d. lo.*. n. 97 & nuperius Io Bapt. Plot. *de in ... iur* § 23. n. 5. Neque enim obscuræ inter hæc duo differentiæ quas exponunt Zoan. *ibid* n. 4. Gilken. & Mynf. *dd. loc.* Cagnol. *in d. L.* 2. n. 35. *& seqq.* Fachin. 11. *Contr.* 83.

iuris ratio cum ea sententia pugnare videbatur. Constitutum est enim actorem desiderante reo rationes suas exhibere debere, idque eo, ut fides rei gestæ constare possit. *L. non est, C. eod.* Cur non ista ratione & reus actori suas edere cogatur? Et ne qua hic etiam de iure superesset dubitatio, huic obiectioni ex professo responsum est ab Alexandro alio rescripto nempe *L. ult. C. eod.* ubi ratio [11] differentiæ reddita est, ad hanc sententiam: Recte desiderari ab actore, ut is rationes suas edat reo: quia dolo faciet, nisi edat. Non recte item desiderari, ut reus edat suas actori: quia etsi non edat, nihil tamen dolo faciat. Dolo facere actorem, qui rationes suas recuset edere, probatur hac ratione, quod non debeat recusare id edere, quo se posse instruere confidit, cum præsertim ipse intentionem suam probare debeat. Quid tamen, si ideo recuset edere rationes, quia contra eum faciunt, & reum liberant? Nihil de eo dixit Imperator, sed eo prætermisit, quia si rationes contra eum faciunt tanto magis dolo facit, quod petit ab eo, qui nihil debuit. Utroque igitur modo facit dolo actor, quod rationes suas non edit, sive pro eo faciunt, sive contra eum. At nihil dolo facit reus, qui suas non exhibet: *quia*, inquit, *non oportet originem petitionis ex instrumento eius, qui conveniatur fundari*. Quasi diceret: etsi rationes eius contra ipsum facerent: tamen ideo eas exhibere non debet, quia non debet fundare petitionem actoris adversus se. *d. L. qui accusare, eod.* Non dixit, quid facere deberet reus, si rationes pro eo faciant. Quoniam si hoc sit, multo minus eas debet exhibere: cum de iure suo docere non cogatur: sed absolvatur, si actor non probet.

VI. Nunc quoniam, quod de publicis actis dixi initio huius capitis, obscurius scriptum est in *L. 2. C. eod.* idcirco placuit eius legis interpretationem subiicere.

CAP.

11) De hoc fuse Don. noster *ad d. L. ult. n. 2. & 2. seqq.* Summa hæc: Ratio differentiæ duplex innuitur *d. L. ult.* (1) a fine personarum actoris & rei. Hic coactus petit sibi edi, non ad lædendum, sed ad tuendum se & muniendum. Naturalis autem pro laborantibus favor, Quintil. *Lib. 4. C. 1. L. 47. de O. & A.* (ita idem ad *L. 4. C. de fid. instr. n. 9.* Actor postulans editionem, id agit ut reo negotium facessat; Reus vero, ne sibi negotium iniuste facessatur) (2) a dolo, qui est in actore editionem negante, non in reo. Et hæc ratio præcipua. Obiic. Quomodo in dolo actor, dum rationes suas retinet. Immo iure suo utitur, tum quia dominus est. Ergo per *L. 21. C. Mand.* tum ne cogatur se lædere. Resp. Don. *n. 4.* Dolus ita arguitur, quod facit contra id, quod recipit agendo, dum affirmat verum esse quod intendit, eiusque probationem suscepit. Quo ipso nihil, unde de re controversa constare queat, reiicit, alias intentioni ipse suæ adversabitur. Deinde cum, exempli gratia, qui petit 10. ex mutuo, reum excipientem, exempli gratia, se solvisse, non audit, exigit veritatem defensionis a reo. Eam igitur ipseque in intentione sua præstet, ut nihil omnino recuset, ex quo fides veri habeatur, quod quidem sibi suspectum non sit. Rationes autem propriæ ut sint suspectæ, esse non potest. At, dicis, domini est de re sua ut vult statuere. Resp. Recte, nisi facto suo id amiserit. Ita hic facto suo, agendo, edendi necessitatem sibi actor imposuit. Alia ratio Rei, quia is negando onus probandi non suscepit, sed removit. Cæterum cum *d. L. ult.* non oportere originem petitionis fundari instrumentis Rei dicat, cumque in exceptionem reo quoque edendi necessitas, sit ut *h. C. N. 1.* hinc nostri inquirunt, an ut actor ad exceptionem, ita quoque reus excipiens ad replicationem fundandam edere teneatur? Quod Bart. & DD. vulgo, Bover. *Sing. 32. n. 3. & n. 9.* Menoch. *Arb. cas. 499. n. 86.* P. Fab. *ad L. 92. de R. I. pag. 422.* Pacian *Lib. 1. de Probat. Cap. 63. n. 115. & seqq.* affirmant; quin & nonnulli ad triplicationem producunt, Oldend. *Cl. 1. Act. 8. pag. 86.* Mynf. *ad C. 1. exer. de probat. n. 19.* & quos refert Gilken. *ad L. ult. Cod. hoc t. n. 10.* hoc confirmans 5. rationibus *n. 13. & seqq.* ubi receptiorem æquiorem hanc opinionem esse statuit: Nituntur præcipue verbis *d. L. ult.* originem petitionis itemque *L. pen. §. ult. ad L. Falcid.* & quod æque non potuerit divinare actor, quæ replicatio sibi obiicienda, nec de eo se mature instruere. Negat autem Don. *ad d. L. ult. n. 9.* post Fulgos. *ib. n. 3.* & Salicet. *n. 9.* (1) Per eadem verba: *originem petitionis*. Quorsum enim replicatio, nisi ut, exceptione per eam submota, fundetur, id est, stabiliatur origo petitionis alias ruitura. (2) Quis neget quin in replicatione vere sit actor, *L. 30. §. ult. de pecul.* Ergo iure actoris utatur, proinde reo non probante reus, etsi nihil præstet, & si nec edat quidquam, absolvatur. *Ad d. L. pen. §. ult.* Resp. Donellus ibi heres reus edit legatariis, non ad fundandam replicationem, quæ illic nulla, sed ad expediendam fidem exceptionis. Et ibid. etiam alia instrumenta quam rationes eduntur ideo, quia illis se tuebatur reus iis utendo. Etsi vero replicatio species exceptionis *L. 2. §. 1. de except.* dissimilis tamen, ab actore, spectans non ad tuendum sed lædendum. Plane si ex eo ipso instrumento quo reus exceptionem fundat, replicationem probare velit actor, audiendus est, quia instrumenta integra edenda, *L. 1. §. pen. h. t.* P. Bus. *ad L. 3. h. t. n. 8.* Ubi autem confessione rei vel probatione actoris fundata eius intentio, orto circa quædam incidentia dubio, ad intentionem adiuvandam reum edere teneri volunt. Veluti: vindicavi fundum 10. iugerum. Fateris me dominum, vel ego probavi, sed negas modum mensuræ. Recte peto instrumenta abs te edi, quibus contineantur fines agri & numerus iugerum, ita per *L. Titius 48. de act. empt. L. 91. §. Titio 3. de L. 3.* Bover. *Sing. 32. n. 3.* Zas. *Par. D. h. tit. n. 7.* Menoch. *Cas. 499. n. 83.* Mynsing. *ad C. 1. de probat. n. 18.* Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n. 15. & 16.* Bronch. 2. *Ass. 94.* Rulant. *de Commissar. P. 2. Lib. 5. C. 19. n. 14.* Meichsner. *Tomo 3. Decis. Cam. 13. n. 225.* Anton. Fab. *C. suo h. t. defin. 1.* Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. 63. n. 99. & seqq.* Confer. omnino Valasc. *Iur. emphyt. Q. 8.* Fridet. Martini *de Iur. censuum C. 7. n. 241. & seqq.* Sic si ago ex chirographo, tu manum vel sigillum tuum inficiaris, &c. Mynsing. *d. n. 18.* post Old. *Cl. 1. Act. 8. pag. 86.* Sic cognito de fideicommissi iure cogitur heres rogatus omnia instrumenta ad hereditatis caussam pertinentia, edere, ut inde constet, quæ sint bona hæreditaria, fideicommisso obnoxia, Ant. Fab. *C. suo h. t. defin. 14.* Secus est, si semiplene tantum reus probavit, Menoch. *d. loc. n. 84.* Ex æquitate tamen ubi iudex veritatem periclitari intelligit, posse illum officio suo iniungere reo editionem, ubi actori probationes fuerunt, quarum copia periit. Oldend. *d. Act. 8. pag. 86.* Mynf. *ad d. C. 1. n. 17.* Veluti si rationes & instrumenta sua actor casu & citra culpam amisit. De quo fuse Menoch. *Arb. Cas. 499. n. 55. & seqq.* Pacian. *de Probat. Lib. 1. C. 63. n. 153. & seqq.* add. Afin. ut *h. C. N. 3. in fin.* Allegandi autem caussam, cur reus edere debeat probandi onus, vid. Cagnol. *ad L. 1. C. h. t. n. 29. & seq.* Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. 62.*

Digitized by Google

CAP. VIII.

De publicis actis seu instrumentis edendis.

Analysis & expositio L. is apud quem 2. C. de ed. 1. & seqq. *Acta publica quid sint; cur civilia criminalibus opponuntur*. I.

Cui edenda ex iudicis imperio. II.

I. VErba hæc sunt: *Is apud quem res agitur, acta publica tam civilia, quam criminalia, exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit*. Acta sunt ea, quæ aguntur, & ea figura, qua usurpamus contentum pro continente, acta dicuntur tabulæ, & instrumenta, in quibus ea acta perscribuntur: ut hoc loco acta publica sunt scripturæ de iis rebus quæ in iudicio, & apud magistratum aguntur, quæ absolute etiam dicuntur acta. *L. acta, L. actorum, D. de re iud.* Publica dicuntur ideo, quia auctore & comprobante eo aguntur, perscribunturque, cuius persona & auctoritas publica est: idest, a magistratu, & eo, qui a magistratu iudicandi potestatem accepit, quorum ob eam caussam, fides & auctoritas publica habetur: idest talis, ut non inter litigatores tantum, qui nunc agunt; sed inter omnes personas fidem faciant, rem ita gestam esse, ut illis actis continetur, *L. gesta, ult. C. de re iud. L. in donationibus, C. de donatio.* Similia acta sunt, quæ interponuntur in re pecuniaria. *L. ult. D. de furt.* iuncta *L. ult. D. de priv. del.* civilis actio, idest pecuniaria, criminali opponitur. *d. L. ult. D. de fur. titu. C. quand. civil. actio crimin. præiud.* Sic & hoc loco civilia acta criminalibus. Quæ appellatio inde nata est, quod in re pecuniaria agitur res inter cives duos; agit enim civis cum cive, id est, privatus cum privato In criminibus non item. In his enim agit non civis, sed respublica cum cive de re ad rempublicam pertinente: agitur enim vindicta criminis quæ ad reipublicæ utilitatem pertinet. *L. locatio, §. quod illicite, D. de publican.*

II. Is autem *apud quem res agitur*, idest, iudex. §. 1. *Inst. de actio.* is hæc acta [1] *exhiberi iubebit*, sed cui? Primum sibi, si videtur: iubetur enim diligenter caussam cognoscere prius quam iudicet. *L. iudices, C. de iudic.* Rem autem ex actis iudicii cognoscet. Idemque multo magis faciet qui mortuo iudici successerit *L. mortuo, D. de iud.* iubebit etiam edi alterutri ex litigatoribus id postulanti: acta enim iudicii quodammodo horum omnium sunt, litigatorum videlicet, & iudicis. *arg. L. acta, D. de iud.* quid tamen si iam ante quam petentur, exemplum ab actuario datum sit? Sequemur hic exemplum eius, qui sibi rationes ab argentario edi postulat: cui non aliter edi iubet prætor, quam ex caussa. *L. si quis, in fin. D. de eden.* caussæ enumerantur in *L. veluti, seq.* A quo vero iubebit exhiberi? a litigatore, si apud eum erunt: sive is erit reus, sive actor, sed maxime ab [2] actuario, cuius, ut argentarii officium publicam caussam habet. Itaque hac definitione generali Imperatores unum aliquod ex his significare voluerunt. Potest enim primum de officio iudicis in caussa cognoscenda definitio accipi. Nam cum, ut dixi, iubeatur iudex caussam cognoscere, ante, quam iudicet, potest hic sensus accipi, quasi iudicem alloquentes Imperatores moneant, ex officio eius esse, ut acta iudicii curet sibi edenda, scilicet quo illa diligenter inspiciat. Alioqui intelligat hac cognitione prætermissa, nullam sententiam fore. Hoc quidem præceptum atque hæc denunciatio diserte scripta exstat in *L. properandum. §. & si quidem, C. de iud.* Potest etiam referri definitio ad litigatores ut hoc exprimat, uter

[1] De hac editione plura, quæ subnotare possem, habeo. Sed quia ubique copioso esse non licet, remitto ad Iason. Don. Zoan. & Gilken. *ad L.* 2. *C. h t* Bellon. 2. *Supputat* 12. Maraot. *Specul P.* 6. *act* 10 Parlad. *Rer. Quotid.* 9. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 65. Petr Frider. *Lib.* 2. *de Mand. iud C* 47. *& seqq. & C.* 66 *usque ad n.* 6. Scaccia 1. *de Iudic.* 100. Bender. *de Revisione Conclus.* 15. *n.* 12. Rulant *de Commiss P.* 2. *Lib.* 5. *C* 19. *n.* 16. *& seqq.* Gail. 1. *Obs.* 106 *&* 134. Guid. Pap. *Decis.* 2. *& Decis.* 241. *& seq* Io. Meichsner. *Lib* 1. *Decis. Cam.* 14. *n.* 5. *& seqq* Mynf 1. *Obs.* 11. *& ad C* 1. *de probat. n.* 39. ubi quod cum die & Consule edi debeant.

[2] Vid. Cacheran. *Decis.* 16. *& Decis.* 57. ic confer. Menoch. *Arbit. Cas* 370. Belle de actuarius tractat Langlæ 4 *Semestr* 6. Protocollum ut Notarius exhibere teneatur, vid. Anton. Sola *ad Constit. antiq. Sabaud rub. de Protocollis exhibitione*. Quod acta pauperi gratis edenda, Pruckman *Consil.* 16. *n.* 19. Ventura de Valeotiis *Parthen litigiosi Lib.* 2. *C.* 9 *n.* 17. arg. *Nov.* 17. *C.* 3. Consilia iuris & allegationes uti edi debeant, consule Menoch *Arb. Cas.* 175. Gilken *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 6, *& seqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 100. *n.* 14.

ter litigatorum, acta iudicii sibi ab adversario exhiberi desideraverit, iudicem exhiberi iussurum, quasi rem pariter ad utrumque pertinentem; atque ita cum edicto cautum sit, ut ea instrumenta quis edat, quibus usurus est, non alia: hoc dicto declaratur id ad privata instrumenta & ea quæ sint propria eius, unde ea desiderantur, non ad publica, & ea quæ non minus adversarii sunt pertinere.

C A P. I X.

Eum, qui in ius vocatus esset, & cui edita esset actio, necesse habuisse iure Romano aut cavere iudicio sistendi caussa, aut in ius venire: qualis ea cautio fuerit, & quam vim habeat.

Transitio; & usus huius tractationis. I.
Rerum partitio. Cautio sisti iudicio *quid valeat*. II.
Quid illi adiecerit, & quam recte Iustinianus. III.
Cautio sisti iudicio *quotuplex: qualis præstanda a singulis*. IV. V.
Qui talis cautionis effectus, & quando hic cesset. VI.
Quid significent hæc veteribus usitata nomina & locutiones: vades, vadimonium, vadari; obire vel deserere vadimonium. VII.
Cavere abnuentem, iure hunc actor in ius trahit invitum. VIII.
Qui in ius duci nequeant, aut omnino, aut non nisi prætoris permissu, quæ utriusque ratio. IX.
Nec iniqua, nec inutilis fuit in ius ductio; & quare. X.
Quare in ius ductio, vel cautio iudicio sisti, *fuerit & civili Romanorum, & sit Pontificio iure necessaria*. XI.
Cur moribus Gallorum aliud obtineat. XII.

I. Ut hoc exigendum fuit ab actore ante omnia, ut reum in ius vocaret, & simul ei ederet actionem, qua acturus esset, quibus de rebus huc usque a nobis dictum est: ita prospiciendum fuit ex altera parte, ne cum rite vocatus esset reus (quod superioribus rebus efficitur) inutilis esset vocatio, si forte vocatus sponte in ius non veniret. Cui rei pro spectum est iure Romano, ut non putarent veteres, qui id ius constituerint, satis esse quod vocatio in ius atque adeo sola denunciatio ad domum rei facta prodesset eo, ut liceret absentis bona possidere: quamquam ad hoc proficit; eaque via est etiam constituta, qua ius nostrum consequamur, adversus absentes, & qui potestatem sui non faciunt. *L. satisque D. de in ius vocan.* sed id etiam obtinendum a reo censuerint, si quomodo posset, ut vocatus in ius veniret, necessitatem veniendi ei imponerent: quo res scilicet iure iudicioque disceptaretur, sive quod iudicarent in iudicio plus esse auctoritatis, & momenti ad lites & controversias dirimendas: sive quod pertinet hoc ad existimationem petitoris, intelligi nihil eum calumniæ caussa petere; quod tum intelligi potuit, cum adversario contradicente de re esset iudicatum; sive quod etiam omnem conquirendi caussam reo vellent adimere: quæ tum esset penitus præcisa cum res iudicio acta, transactaque esset. Itaque de ea re ita statuerunt. Vocari quidem reum, & simul ei actionem edi sine ulla exceptione voluerunt, prius quam quisquam in ius venire cogeretur. Edita actione, quod consequens fuit, etiam [1] spacium dederunt, quod opus esset reo, ad deliberandum de ea re, utrum cedere an contendere deberet: ut supra dixi. Sed hoc postremum sub conditione, si caveret se post id tempus ad [2] constitutum diem iudicio stiturum. Unde lis constituta, & simpliciter constitutum; Petronio arbitro dicitur. Quod ni eo nomine cavere vellet, hanc pœnam constituerunt, ut iam tum statim cogeretur ire, ut

1) Quamquam Cuiac. *in Novel.* 53. *pag. mihi* 191. velit, reum debere statim, atque accepit libellum conventionis (& sic ante tempus datum deliberationi) præstare cautionem personalem iudicio sisti. Quam personalem dici scribit ad differentiam satisdationis iudicatum solvi, quæ de re est, non persona.

2) De die autem eo convenire solet, &c. *L.* 8. *pr. Qui sat. cog.* ubi Cuiac. 22. *Obs.* 26. & Ant. Fab. *in Rational. ibid.* verba extrema *moderate, &c.* a Triboniano adsuta esse censent. Quod non probandum, vid. Menoch. *Arb. cas.* 54. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *Q.* 8. *pag.* 59. *& in Tab. actionum, pag.* 1150. Gœd. *ad L.* 3. *pr. de V. S. n.* 20. *& seqq.* & Pec. 1. *Enant. Quæst.* 76.

Digitized by Google

ut nisi sequeretur, posset in ius duci: quod ille Titulus Digestorum plane demonstrat, *In ius vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent*. Quorum in utroque quid egerint, apparet. Aperte enim utraque re necessitas imposita est reo, ut vel eat nunc, vel paulo post in ius veniret. Quo enim spectat cautio iudicio se sistendi? Nempe, ut reus cautione, & ut veteres loquebantur, vadimonio obstrictus, coactus periculi metu, quod ex cautione deserta imminebat, non deesset promissioni; sed iudicio se sua die sisteret. Hæc necessitas cavendi, & veniendi in ius, argumentum est, in quo versantur & Titulus *de in ius vocando* in Pandectis, & reliqui omnes qui inde sequuntur, usque ad Titulum *de edendo*. Itaque cum de ea dixero (dicam autem breviter, & quantum ad summam iuris veteris & occasionem rerum in hoc genere quæsitarum intelligendum sit satis, nam amplius non videtur necesse) superiorum titulorum sententia ex parte erit cognita: ut si quis cætera ex illis velit diligentius petere; non laboret.

II. Ergo reo vocato edita actione defertur conditio, ut aut caveat, aut in ius eat: Quid cavere debeat, qualis cautio ab eo exigatur, & quam vim ea habeat, videamus. Cavet se ad constitutum diem iudicio stiturum. Hinc edicto cautum, quis fideiussor iudicio sistendi caussa acciperetur. *L.* 2. *§. prætor*, *D. qui satid. cog. L.* 1. *L.* 2. *D. in ius voc. ut caut.* Inde illa: ad quid teneatur, qui se iudicio sisti promisit. *L.* 2 *§. ult. D. qui satis. cog. L. ult. D. si quis in ius voc.* Et, quid si quis iusta de caussa impeditus, cautionibus iudicio sistendi caussa factis non obtemperaverit. *tot. Tit. si quis cautioni*. Sistere se aliquo in loco est in eum locum venire, ut ibi consistas. Et ideo hæc stipulatio non committitur, nisi adversus eum, qui non venit. *L.* 2. *§. si quis iudicio*, *D. si quis caut.* Et hæc, sistere se iudicio, & ad iudicium venire seu occurrere, pro eodem usurpantur. *L.* 2. *§.* 1. & *§. ult. L. si duo*, *§.* 1. *si quis cautio. iudicio.* valet iudicii caussa, & quod modo dixi, ad iudicium, intelligo accipiendum, ut sistere se iudicio, sit sistere se in iure, ut reus iudicium, quod datur, accipiat, idest, patiatur litem secum contestari: ut significatur in [3] *L. si eum*, in fin. *si quis caut.* vel, ut alibi, secum agendi potestatem faciat. *L. etsi*, *eod.* quod fit iudicium accipiendo & litem contestando. Itaque qui ad iudicium occurrit, & litem contestatus est, is hac stipulatione iure liberatur. Amplius quicquam a reo olim exigi, quam ut se sisteret iudicii accipiendi caussa, deque ea re caveret, non legimus: neque vero erat necesse, cum lite semel contestata, de re cognoscere iudex, etiam absente reo, & iudicare potuerit: ut dicetur suo loco.

III. Iustinianus hoc exegit, ut reus non tantum promitteret, se in ius venturum, litis contestandæ caussa, sed etiam se permansurum in iudicio usque ad terminum litis. Sic enim loquitur in *§. si vero aliquis*, *eod. tit.* se tempore sententiæ recitandæ in iudicium venturum. Quod cur bono constituerit, non animadverto: cum, ut dixi, etiam [4] absente reo iudicari potuerit, ut sententia non minus eum teneat, quam si præsente eo iudicatum foret. Et sane si reus id nollet promittere, quæ pœna adversus eum esse potuerit, non video.

Tom. VI. G IV.

3) Sed & sistere reum fideiussor dicitur ac exhibere *L.* 10. *pr. Si quis caut. L. pen. Cod. de fideiuss.* vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 1. *princ.*

4) Ita &, verbis Donelli usurpatis, Caspar Schisordegher. *Lib.* 1. *ad* Anton. Fab. *Tr.* 4. *Q.* 4. *sub fin.* Male. Etsi enim absente reo postea, cognosci possit: non tamen ita commode, ac immo & post litem contestatam cogitur se præsentare reus, vid. *h. C. N.* 23. Plane & post litem contestatam fideiussorem exercitationis litis recte accipi probat *L.* 8. *§.* 3. *de fidei.* Et notat Roder. Suarez. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinationib. n.* 28. cautum esse debere iudicem, ut curet promitti a fideiussore sisti reum, quotiescunque petitum fuerit, donec omnimodo lis finiatur, de quo fuse tractat *ibid. n.* 31. *& seqq.* add. Hering. *de Fideiuss. C.* 20. *§.* 9. *n.* 9. *& seq.* ibique ab eo citati. Enimvero Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 66. *n.* 10. *& seqq.* duplicem iudicio sisti cautionem agnoscit, (1) de qua *tit. In ius voc. ut eant. &c.* quæ evanescat reo primum in iudicio comparente (2) de qua *tit. Qui satisdar. cog.* quæ non nisi lata sententia *d. L.* 8. *§.* 3. *de fideiuss.* ut nempe illic ad initium solum & primum actum, hic ad omnes reliquos actus iudicii exhibere reum teneatur. Quomodo & Ant. Fab. *ad L. ultim. Si quis in ius voc. & ad L.* 1. *In ius voc. ut eant*, *& ad L.* 8. *pr. Qui satisd. cog.* aliam esse cautionem de sistendo in iure apud Prætorem, aliam iudicio sisti apud pedaneum iudicem. De illa *d. tit. In ius voc. eant.* de hac *d. tit. Qui sat. cog.* Atque hoc differre *tit. Ne quis eum qui in ius voc.* a titulo *de eo per quem fact. erit.* Verum fallitur Faber dum putat verbis *iudicio sisti*, non posse contineri Prætoris tribunal. Nam præterquam quod resistant *L.* 1. *d. tit. Si quis in ius voc. & L.* 1. *In ius voc. ut eant*, quibus clare dicitur iudicio sistendi caussa (Quas alienas esse ab illis titulis, eosque titulos a Triboniano male acceptos esse, malo more Faber contendit) apertissime refellitur ea *L.* 5. *§.* 1. *Qui sat. cog.* ubi primo dicitur *iudicio sistendi*, & subditur tamen duci in ius. Et ex *L.* 1. *pr. Si ex. nox. ca. ag.* apparet vim cautionis iudicio sisti, esse quoque antequam iudicium accipiatur. Falso itaque Antonius Faber omnem eius vim esse post litem contestatam. Alia denique differentia *tit. Ne quis eum qui in ius*, ab alio tit. *de eo per quem fact.* Nempe illius tituli edicto coercetur eximens eum qui ducitur, quia non satisdedit, aut sponte quidem it, ut *L.* 4. *d. tit.* sed non præstita cautione. Huius vero edictum de eo qui impedit, ne qui satisdedit cautioni ac promissioni suæ pareat.

IV. [5] Cautio iudicio sistendi caussa quæ a reo exigitur, non est unius modi. Ut est personarum conditio, ita ab aliis nuda cautio, & repromissio exigitur: ab aliis cautio iureiurando firmata: ab aliis etiam satisdatio, idest, cautio eiusmodi, qua cum promiserit reus, se iudicio sisturum, det etiam in eam rem fideiussores, idest eos qui idem adpromittant. Id enim satisdatio significat. *L. 1. D. qui satisd. cog. L. 5. §. satis, D. de verb. oblig.* In hanc sententiam sic Titulus ille, *qui satisdare cogantur*, in Pandectis conceptus est. *Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suæ promissioni committantur*. Hanc varietatem Iustinianus in sua illa cautione, cuius paulo ante memini, expressit in §. *sed hodie, Inst. de satisd.* Hinc illa disiunctio Tituli, in ius vocati. *In ius vocati ut eant: aut satis vel cautum dent*. Satisdent, si ii sunt, a quibus satisdatio exigitur: cautum dent, sine fideiussoribus ii, a quibus nihil amplius exigitur, quam cautio, seu repromissio. Qui immobilia non possidet [6] iubetur satisdare: qui possidet, satisdare non compellitur [7] *L. sciendum, D. qui satisd. cog.* quo loco quis [8] possessor immobilium habendus sit, quæritur. Quod explicatur in *d. L. sciendum*. Ex his tamen

5) Cautionis nomen generale. Quo absolute posito, nuda promissio significatur, *L. sancimus 3. Cod. de V. S.* Et ita in *L. 25. §. 1. cir. fin. L. 33. §. 3. Cod. de Episc. & Cler.* Harprech. *ad princ. & §. 1. Instit. de satisd. n. 6.* Sed cum sufficiens plena vel idonea requiritur, non nisi pigneraticia vel fideiussoria, Corset. *Singul.* 42. Gail. 2. *Obs. 47. n. 4. & de Arrest. imperii. Cap. 3. n. 4. & seqq.* Menoch. *Arb. cas.* 142. Bronch. 1. *Ass.* 25. Henrig. *de Fideiuss. Cap. 5. n. 22.* Ayrer. *Process. P. 1. Cap. 10. Obs. 2. n. 2. per L. 59. §. ult. Mand. Cap. ad nostram 7. de iurei.* Pac. *L. 188. §. 1. de V. S.*

6) Non tam quod hic pro prædibus prædia habeantur, quodque tam per bonorum hanc possessionem, quam per dationem fideiussorum, consulatur actori, cum si malitiose frustretur reus, bona in pignoris caussam capi & distrahi possint, ut Wesenb. *Parat. h. t. n. 11.* P. Heig. *P. 1. Quæst. 36. n. 26. & seqq.* Annæ. Robert. 4. *Rer. iudic.* 11. Ant. Fab. *ad d. L. 15. pr.* Hæc enim ratio aliis quoque cautionibus prætoriis communis, cum tamen regula *d. L. 15.* ad solam iudicio sisti pertineat, Pac. 1. *Evant. Quæst.* 68. Et adversatur huic rationi species *d. L. 15. §. 3.* ut Suarez. *loc. mox citando*. Quam quia satisdatio iniungitur, ne reus ante litis contestationem fugiens sententiam ferri impediat, ut *h. C. n. 11.* Quæ suspicio fugæ hic cessat post Bart. & alios Rod. Suarez. *in L. 2. fori tit. de Comperendinationib. princip. n. 3. & n. 12.* Peregrin. Iannin. *de Citat. reali Lib. 1. Cap. 2. n. 157.* Sich. *ad auth. offeratur. C. de lit. cont. n. 18.* Valasc. *Cons. 66. n. 5.* Pac. *d. Q.* 68. cum res soli amoveri nequeant, Io. Robert. 3. *Sent.* 21. Alia mobilium ratio, non quod par affectio in eas non cadat ut, Iannin. *d. C. 12. n.* 158. sed quia celari facile ac deperdi possunt, Ant. Fab. *d. loc.* nec minus de fuga suspectus debitor, cum easdem alio transferre possit. Quare aliud in mobilibus iis, quæ occultari vel loco moveri facile & clanculum nequeunt, ut si mercator merces plures possideat, tabernam habens in loco publico, quæ secreto exhauriri nequeat, maxime si & intricatus sit nominibus debitorum, vid. post Bart. *ad d. L. 15. n. 5.* Sich. *d. n.* 18. Iannin. *d. Cap. 2. n.* 161. Duar. *d. loc. n.* 12. Damhuder. *Praxi civ. C. 99. n. 9.* Lancel. Conrad. *de Off. prat. in causs. civil. v. Satisdatio n. 7.* Harpr. *in §. 2. Instit. de satisd. n. 18.* Ayrer. *P. 1. Cap. 10. Obs. 3. n. 18. & seqq.* Iac. Schult. *Obs. forens.* 19. quem adi. Addatur in simili Menoch. *Arb. cas. 87. n. 12.* Tametsi alias merces immobilium loco non habendæ, de quo P. Heig. *P. 2. Quæst.* 15.

7) Etiamsi alias perspectæ fidei sint, & integræ notæ, ut Valasc. *Tomo 1. Consult. 66. n.* 32. Licet hos de fuga non suspectos esse velit Menoch. *d. Casu 87. n.* 12. Quid si dum contraheret actor, scivit reum non possidere immobilia vel mobilia ad rei valorem accedentia? Valasc. *d. loc. n.* 33. non posse peti satisdationem putat, quia contrahendo personam eius approbaverit. Quod vereor ut obtineri possit, an æquum sit. Illud rationis magis videtur, quod tradunt, si quis satisdatione antea a se petita contumax postea agens petat ab alio, ei præstari non debere, argum. *L. 13. §. 11. de damn. infect.* Rod. Soar. *in L. 2. fori tit. de Comperendinationib. princ. n.* 15. Cæterum & ubi res mobilis petitur, vulgo aliam insuper satisdationem de re non dissipanda vel alienanda requirunt, vid. Valasc. *d. Cons. 66. n.* 15.

8) Quo de fuse Suar. *d. tit. princip. & §. ulterius quæritur* 1. Ayrer. *d. C. 10. Observ.* 3. Qui autem usumfructum solum habet, possessor hic non habetur, *d. L. 15. §. 1. in fin.* Etsi enim vendi possit, non tamen tanquam quid immobile, sed ut ius fundi, quod & pluribus modis amitti potest, & facilius quam ipsæ res mobiles, A. Fab. *ibid.* Ayrer. *d. Obs. 3. n.* 50. Val. Guil. Forst. *Lib. 2. de Interpretat. iur. C. 1. §. obiisio. n.* 11. Iac. Schult. *Obs. forensi 24. n.* 37. Quanvis hoc concoquere non valeat Valas. *d. Consul. 66. n. 23. & seqq.* adeo ut *n.* 27. audenter censeat subtilitatem hanc Iurisconsultorum illis relinquendam esse, *L. 20. de LL.* & idem *n.* 28. debere immo usumfructum cauisare, si non sit modici temporis. Et Soar. *d. t. pr. n.* 27. satisdationem evitari, si ususfructus ita pinguis, ut fugæ suspicio cesset, quod iudicis sit arbitrari. Sed adi & audi Iac. Schult. *Obs. forensi 23. n.* 59. Sane cui annui reditus sunt, qui ex re immobili præstantur pro immobilium possessore vulgo hic habetur, modo in perpetuum, vel tempus non modicum, debeantur, Marc. Mantua. *Sing.* 49. Suarez. *d. t. n.* 28. Valasc. *d. Cons. 66. n.* 30. Gail. 2. *Obs. 10. n.* 6. Mynf. 1. *Obs. 69. n. 3. & 4. ac n.* 12. Harpr. *ad §. 2. Instit. de satisd. n.* 17. Ayrer. *d. Obs. 3. n. 12. & seqq.* licet aliquando in Curia Lipsiensi aliter iudicatum. Moller. *ad Nov. Elect. Sax. 5. p. 1. n.* 15. Et pro negociatore pluribus pugnat Iac. Schult. *Obser. forensi* 24. declarans tamen *ibid. n.* 50. nisi reditus illi magni momenti ut ex iis solis vivat, & cesset fugæ suscipio, arg. notatorum *N. praced. sub fin.* Feudales quoque res hanc excusationem præstare satis adstruit Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n. 28. & seqq.* Sed & quod de creditore habetur *d. L. 15. §. 2.* rationem habet (1) quia ius pignoris solutione tolli potest, Ayrer. *d. Obser. 3. n.* 46. & fructus possessionis cedit commodo debitoris, Gœd. *de Sequestr. C. 2. n.* 7. sed id restringit Suar. *d. loc. n.* 26. (1) nisi in pignore eo spes luitionis cesset. Et Zanger. *d. C. 21. n.* 34. excipit, nisi tanti fundus pignoratus quanti valet. arg. *L. 101. pr. vers. si modo de leg.* 3. ac Ayrer. *d. Obser. 3. n.* 48. (2) nisi conveniatur solum super re pignorata. In fundo dotali pro possessore hic uterque coniugum, *d. L. 15. §. 3.* (Ubi Cuiac. 10. *Observ.* 32. pro *possessionem* substituit petitionem, sed male.) Idem in muliere, cui dotalitium in fundo, adstruit Zang. *d. Cap. 21. n.* 33. quia alia, ait, huius ratio, quam creditoris, qui fructus suos non facit, sed debito imputat. Mihi contra videtur, quia hoc ius valde affine ususfructui. Quin & rei litigiosæ possessio satisdatione relevat. Quod utique admittunt, quoad caussam aliam, lite scilicet rei ab alio mota, Suar. *d. princ. n.* 20. Ayrer. *d. Obs. 3. n.* 9. etsi sententia contra possessorem dicta, modo ab ea appellaverit *d. L. 15. §. 6.* Quia appellatio exstinguit iudicatum, reducens omnia ad terminos litis contestatæ, Anton. Fab. *ibid.* Quid si appellatio deserta? Adhuc idem vult *Gl.* Sed reprobat post Bart. Suar. *d. pr. n.* 22. Quia *d. §. pen.* a contrario argumentum præbet, si non appellatum sit, nec haberi pro possessore. Idem ergo lapsis fatalibus appellationis. Ad hæc deserta appellatione non cessat suspicio fugæ. Nec obstat quod quæstio dominii non potest ab alio quam domino referri. Ea enim ratione creditor quoque & fructuarius a satisdatione immunes essent. Et dato eo sufficit, quod absit fugæ suspicio. Quare & alium malæ fidei possessorem hoc onere non liberari statuit idem Suar. *n.* 23. & Ayrer. post alios

d. Obs.

men qui immobilia possident, sunt qui præter repromissionem iurare cogantur, se iudicio stituros, si modo verum est, esse qui cogantur iurare quanvis non satisdent, ut esse initio posui. Hi qui sint ambigitur. Nam de eo nihil usque aperte cautum legimus. Et si a quibusdam exigitur iuratoria cautio, ut exigi constat, nihil caussæ est, cur non exigatur pariter 9 ab omnibus: nisi sit, cui iusiurandum nominatim remittatur. Legimus autem in universum iusiurandum de calumnia remitti paren-

d. Obs. 3. n. 40. quia cum is sciat rem alienam esse, facile eam dimittet, nec cessat fugæ suspicio. Nec obstat d. §. pen. quia potest esse, ut una sententia victus habeat bonam fidem & sententiam iniquam putet. Sed & si quis semel ante contumax postea hanc satisdationem non evitat, vid. Iannin. d. C. 2. n. 162. Ayre. d. Obs. 3. n. 39. Quid autem si de ea ipsa re immobili lite pulsetur, aliam non possidens? Satisdatio iniungitur ex communi opinione, teste Valasco d. Cons. 66. n. 8. Ayrer. d. C. 10. Obs. 3. n. 9. & Obs. 5. n. 1. cum qua transit, Iac. Schult. Q. Pract. 13. n. 2. Pro quibus facit L. 8. §. 1. L. 11. Qui sat. cog. contra tamen Accursius & alii referente eod. Valasco & probante d. loc. n. 9. Verum Suarez. d. princ. n. 31. post Ang. ita scite concilia. Evitatur satisdatio, si de ea re sola conveniatur, quia vix est, ut credi debeat rem litis caussa deserturus, cuius utique traditione liberari potest. Quod si præter rem accessiones eiusdem, fructus, &c. petantur, eæque tnt, unde fugæ suspicin probabilis, secus est. Nisi forte dubiæ fidei reus. Quo casu non satis consultum esset actori. Licet enim res auferri nequeat, ea tamen male uti potest. Rob. 3. Sent. 21. Cæterum d. L. 8. §. 1. vel de alia, quam iudicio sisti, cautione accipi potest, vel de hac a volente præstita sponte Pac. 1. Enant. 68. Nunquid autem oportet bona immobilia rei de qua agitur, æstimationi respondeant? Ita volunt Accurs. in d. L. 15. & sequaces Anton. Fab. ibid. Valasc. d. Consult. 66. n. 6. Harprecht. ad §. 2. Instit. de satisdat. n. 57. Iannin. d. Cap. 2. n. 157. Coler. ad Cap. 2. & Cap. dilecti. extr. de Except. n. 16. per L. 234. §. 1. de V. S. Ut si in plus conveniatur, possessio prosit ad concurrentem usque æstimatinnem, satisdetur autem de eo, in quo excedit, Reinhard. inter Differ. Zobel. 10. Parte 1. n. 6. arg. L. 76. de R. V. Attamen Suares. d. princip. n. 17. hoc non esse necessarium, modo tanta sint, unde præsumptio fugæ excludatur. Quod Iudicis arbitrio tribuit. Immo contra, etsi litis æstimatinni sufficiat, non relevare statuit. Quid enim si pro exsecutione vendi debeant, & subhastationis aliisque sumptibus detractis, non satis supersit iudicato faciendo. (Eadem forsan moderatio adhibenda, si possessor pretium rerum nun exsolverit, ubi satisdationem remitti sæpius iudicatum, referente Mollerio ad Nov. Sax. 5. Parte 1. n. 11.) Ibid. n. 19. Suarez. satis esse putat, si cesset suspicio fugæ usque ad litis contestationem. Quia si postea fugerit contra absentem, ad sententiam usque procedi potest. Iure Saxonico satisdatione relevat possessio immobilium, quorum æstimatio accedit ad valorem unius Wergeldi, seu 24. sexagenarum veterum, aut 20. talerorum, Landr. Lib. 2. Art. 5. & Art. 22. cæt. Coler. ad C. 2. & Cap. dilecti 8. extr. de Except. n. 16. Moller. ad d. Novell. Elect. 5. n. 9. Ex usu tamen quanta possessio necessaria, pro rei & personarum conditione iudex dispicit; post alios noviss. Iac. Schult. Obs. forensi 20. Quid si res possessæ in alio loco sitæ? Pone: conventus loco contractus possidet in loco domicilii: Distinguit Suarez d. t. de Comperendinat. §. Ulterius quæritur 1. n. 2. an in alio loco diversi territorii, & iurisdictionis sitæ, an eiusdem, cuius est locus iudicii. Sed & in diverso territorio admittit, n. 6. si id tam vicinum seu propinquum, ut omnis fugæ suspicio cesset. Alii cum possessio hæc loco fideiussionis succedat, non aliter extra locum iudicii admittunt, quam quo casu fideiussor inde accipitur, ut L. 7. §. 1. hoc tit. vid. Ayrer. d. Observat. 3. n. 34. & 3. seqq. Ex Nov. Sax. 5. Parte 2. liberat satisdatione possessio in ditionibus Electoris, licet non in eodem iudicio. In Curiis autem Provincialibus, quorum ordinationibus dicta Constitutio nihil derogatum esse vult, obtinere, ut satisdet, nisi in eodem foro possideat, notant Wesenb. Par. h. t. n. 11. & Zang. 2. de Excep. 21. n. 26. Sed Moller. ad d. Const. 5. n. 14. hic moderamen quoddam adhibere videtur, add. Iac. Schult. Obs. forensi 22. Possessio autem vel divitiæ patris non relevant filium, vid. Suarez. d. tit. pr. n. 30. Ayrer. d. Obs. 30. n. 5. & seq. Procurator vero tunc immunis, quando si principalis eius per se litigaret, satisdare non teneretur. Quod probe notandum Suarez. d. tit. §. ulterius 1. n. 3. Convenit d. Nov. Sax. 5. P. 1. ubi Moller. n. 4. Zang. d. C. 21. n. 57. Quid si adversarius neget possideri ab hoc immobilia, num satisdat, donec is docuerit? Moller. 1. Semestr. 2. n. 1. & ad d. Nov. Sax. 5. n. 8. reiectam hanc exceptionem testatur, ubi calumniose, & caussa remorandæ litis, opponi apparuit, de quo summarie Iudex cognoscet, add. Iac. Schult. Obs. forensi 18. Confer. Hippol. a Marsil. Sing. 686. Matth. de Afflict. Decis. 109. ibique Cæs. Ursill.

9) Atque ita immobilium quoque possessores iuratoriam cautionem præstare, docet Cuiac. 12. Obs. 22. & in Nov. 53. p. mihi 191. per L. ult. vers. ita videl. C. de princip. agent. in reb. Lib. 12. t. 22. Quæ hoc satis clare probat. Quod & olim Gl. Ias. & Fulgosio placuit, referente Wesenb. Parat. h. t. n. 11. in fin. Licet ipse contrarium receptiorem dicat, quam & Hortensius ad §. 2. Instit. de satisdat. & Rosbach. Process. Tit. 45. n. 14. probant Robert. 3. Sent. 21. nudam permissionem admittit, si reus honestior & satis locuples: Iuratoriam autem si mediæ conditionis. Et Harprecht. ad d. §. 2. n. 14. ad iurandum compelli, si ita iudici ea iusta caussa visum fuerit. Sed d. L. ult. non distinguit. Plane si contentus adversarius simplici repromissione, ea sufficiet, argum. L. 61. de Verb. Sign. Num autem præterea hic possessor bona sua omnia hypothecæ obligare debet? Ita volunt Bart. & Ias. referente Rosbach. d. tit. 45. n. 15. per L. 7. ut L. vel fid. serv. C. L. ult. §. 3. C. de adm. tut. Nov. 123. C. 21. §. ult. Et probat Zang. 2. de Exc. 21. n. 25. A. Fab. ad d. L. 15. pr. & §. ult. h. tit. Quia, ait, non ob aliam caussam remittitur satisdatio, quam quia satis cautum bonorum immobilium obligatione. Eamque rationem decidi putat d. L. 15. §. ult. quod venditio rei non obsit, quia nimirum res cum suo onere, & caussa pignoris transeat. Denique idem firmat ex vocula cautionis in d. §. ult. Verum contra Angelus in d. L. 15. n. 7. (referente Rosbach. d. loc.) ut & Wes. in Complem. ad Sneidvin. tit. Instit. de satisdat. in fin. Iac. Schult. Obs. forensi 17. Quorum opinionem prævalere duco. Quia quæ vera ratio remittendæ satisdationis, ut h. C. N. 6. Pignerationem non exigit. Ac in d. §. ult. cautionis nudum nomen simplicem promissionem denotat per not. h. C. N. 5. Sane in foro Saxonico hæc pigneratio minime usitata, Wesenbec. Parat. h. t. n. 11. Unde nec consensum iudicis eius loci, ubi sita, impetrare oportet Nov. Elect. Augusti 5. Parte 1. ubi vid. Moller. n. 5. & 2. seqq. & Iac. Schult. d. Obs. 17. n. 12. & seqq. Cæterum & iuratoriæ cautioni, (quæ & adiuratoria, L. ult. in fin. C. de Castrens. & minister. L. ult. C. de Princ. agent. in reb.) soli committuntur Magistratus conventi post depositam administrationem intra 50. dies, L. 1. pr. C. ut om. iud. tam civil. quam mil. Et personæ illustres, L. 17. C. de dignitat. ubi Cuiac. Item memoriales in sacris scriniis militantes, eorumque parentes ac liberi, etsi non possideant immobilia, L. in sacris 12. princ. C. de prox. sacro. scrin. Lib. 12. Tit. 19. Non autem quivis nobiles, ut Bart. ad d. L. 17. quem Tiraq. de Nobil. C. 20. n. 189. refellit. Olim Præsides ipsos quoque satisdedisse probat mihi L. 16. in fin. de off. Præs. Denique ex cautionis penuria hic quoque onus satisdationis remittitur, argum. L. 6. D. Si cui plus quam per L. Falc. si nempe iuret, se non posse dare fideiussorem, Nov. 112. Cap. 2. in fin. princ. add. Nov. 134. Cap. 9. v. si vero crimen. De quo & qua forma hoc iuramentum præstandum, aliisque hic requisitis consulantur Rod. Suarez. in L. 2. fori tit. de Comperendinat. in pr. n. 6. Gui. Pa. 189. & ibid. Rambaud. in Addit. Wes. Par. h. t. n. 10. Eberh. Spechk. Cent. 2. Cl. 4. Q. 13. A. Fab. C. suo tit. de satisd. defin. 9. Bender. de revisione Conclus. 7. Ayrer. Process. P. 1. C. 10. Obser. 7. Fuse Hering. de Fideiuss. C. 18. n. 87. & seqq. Ad eam vero non admittitur, qui antea cautionem suam iuratam deseruit, Cuiac. in Nov. 53. pag. mihi 192. Cæsar Contard. in L. Diffamare C. 4. n. 25. Ioan. Monach. Pract. P. 5. §. 3. n. 6. & 7. Ayrer. d. Obs. 7. n. 5. & seqq. Hering. d. loc. n. 114. & seq. Ut nec qui ob perversos mores & vitæ levitatem, fideiussorem reperire nequit, Suar. d. n. 6. post plures citatos Hering. d. loc. n. 109. aut alias de fuga suspectus. Is enim arresti nexu constringendus, vid. Wesenb. d. n. 10. Harprecht.

parentibus, & patronis. *L. iusiurandum & ad pecunias, § qui iusiurandum, D. de iureiu. L. licet, D de obseq.* Quo exemplo & [10] iis id iusiurandum remitti recte dicemus, quod ideo exigitur, quod de fide, & integritate parentis filius, patroni libertus dubitet: & postea de periurio queri velit. Hi igitur cavent; non iurant: cæteri etiam iurant se iudicio affuturos.

V. Ut cautio non est unius generis, quæ exigitur; sic nec satisdatio unius generis. Nam cum in omni satisdatione adhibeatur fideiussor: ab aliis fideiussor iubetur dari locuples: ab aliis qualiscunque datus sit, accipi iubetur. De quo ita scriptum est in *L. 1. & 2. D. in ius voca. ut eant* Edicto cavetur, ut fideiussor iudicio sistendi caussa datus, pro rei qualitate locuples detur; exceptis [11] necessariis personis, idest parente, vel patrono: item patrona, liberisve eius vel uxore, nuru. Tunc enim qualiscunque fideiussor accipi iubetur; & in eum, qui non accepit, cum sciret eam necessitudinem personarum, quinquaginta aureorum iudicium competit. Extat fragmentum edicti de supra scriptis personis in *L. 2. §. prætor, D. qui sat. cog.* Quo iure posito hæc sunt quæsita: Quis fideiussor [12] idoneus iudicio sistendi caussa? de quo in *L. 2. qui satisd. cog.* Quid agendum, si dubitetur an sit idoneus iudicio sistendi caussa? de quo in *L. arbitro, eod.* Quid si actor fideiussorem evidenter locupletem [13] non acceperit? de quo in *L. 5. §. 1. eod.* Quid si reus fideiussorem non possit in eo [14] loco dare, ubi convenitur? de quo in

precht. *ad §. 2. Instit. de satisd. n.* 10. Confer. Coler. *de Process. P.* 3 *C.* 11. *n.* 94 *& seqq.* Mynf. 2. *Obs.* 11. vel res, de quibus lis, sequestrandæ, *L.* 7. *§. ult. h. tit.* Quis hic de fuga suspectus iudicis arbitrarii est, vid. Menoch. *Arb. Casu* 87. Gœd. *de sequest. C.* 3. *n.* 20. Num huic cautioni locus in criminalibus, tractant itidem auctores citati, unde pete.

10) Turpe enim his diffidere, nec credere nisi iuratis. Clericos quoque suæ promissioni committi, sed cum hypotheca bonorum, docet Harpr. *ad §. 2. Instit. de satisd. n.* 15. *per L.* 25. §. 1. (ubi vetatur cautioni inseri iusiurandum) *L.* 33 §. 3. *C. de Episc. & Cler. Nov.* 123. *C.* 21. *§. ult.* In quo errat Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 47. ab his repromissionem iuratoriam exigi docens. Quod *d. L.* 21. *d. Nov.* 123. *Cap.* 21. directo negant. Episcopi vero pro nullis caussis cautionem ullam præstant, *d. Nov.* 123. *C.* 21. *in fin.* Argentarii denique, ex *Iustin. edicto* 7. *C.* 5. sufficit factum promissum.

11) Quod honoris caussa eis tributum, de quibus sinistre suspicari non convenit, Coras. 4. *Misc.* 10. *n.* 3. Ant. Fab. *ad d. L. 1. in ius voc. ut eant* Hering. *de Fideiuss. C.* 8. *n.* 90. Nec audiendi DD. vulgo, qui in *dd. LL.* intelligunt coniunctionem inter satisdantem & fideiussorem. Quasi fideiussor alias minus idoneus, pro coniuncto admittatur, quia ius pro certo habeat, quod coniunctus non deferet propinquum suum, ideoque sese iudicio sistet, post alios Suarez. *in L. 2. fori tit. de Comperendinat. § nunc opportune* 3. *n.* 7. Quod scite refellit Coras. 4. *Misc.* 10. & Hering. *d. C.* 8. *n.* 91. *& seqq.* qui Corasium ab impetitione Costalii tuetur. Fac. *Nov.* 115. *C.* 3. §. 8 Qualiscunque autem accipitur quantum ad facultates, *d. L.* 2. §. 4. *Qui satisd. cog.* Non enim accipietur furiosus, pupillus, miles, minor, mulier aliusve, qui aut ea fideiussione plane non obligatur aut sine effectu, exceptione vel iure speciali tutus, Hering *d. C.* 8. *n.* 95. & Ant. Fab. *ad d.* § 4. Etsi enim quoquo modo cavere sufficit, non tamen nihil cavere, Hering *d. loc.* Adhæc ex paupere dives fieri, idque bono omnino sperari potest. Inhabilitas autem personæ non deficit, Anton Fab. *d. loc.*

12) Æstimatur hic *d. L. 2 pr.* (1) ea facultatibus. Quare filiusfamilias pro alio quam pro patre non facile audietur, arg. *L.* 2 § 3. *h tit* ubi Ant. Fab add Bover *Sing.* 11 *n.* 2 Etsi vero quidam pauperiorem quoque idoneum censuerint, si spectatæ vir fidei, referente Caroco *de nram iu decis Q.* 1 *Quæst.* 13 *principalis n.* 16. Contra tamen alii, ut Caroc. *ibid n.* 17. Hering *de Fideiuss C.* 8. *n* 50. Ad quid enim hic proderit fideiussor, qui fallente reo satisfacere inopia non possit, scite Hering. *d. n* 59 *& seqq* Adhæc si moreretur, fortassis heres ipsi in obligatione succedens non erit talis, Caroc. *d. loc* Requirunt autem vulgo, ut immobilia possideat fideiussor, quorum valor, ut minimum summæ petitæ reive æstimationi æqualis sit Et quidem Rod Suar. *d tit de comperendin n* 2. *& n* 4 prius illud probat, quia fideiussor accipitur, ut diligentius cautum sit, nisi, ait *n* 4 alius reperiri nequeat, ubi & mobilium possessor accipietur. Æquivalentiam autem ad rem petitam non requirit, ibid. *n.* 6. modo bona tanti sint, ut suspicio fugæ cesset. Sed de hoc requisito facultatum plenius & belle Hering. *de Fideiuss. C.* 8. *n.* 52. *& seqq.* (2) Ea conveniendi facilitate. Non igitur mulier, miles vel minor *L.* 8. §. 1. *hoc tit.* Wesenb *Par. h. t. n.* 7. Harpr. *ad d §. 2. Instit de satisd. n* 6. Non qui ex alia civitate ut *seq. N.* 14. nec qui ex eadem forte, sed cui privilegium aliquod fori, nisi ei renunciet, *L. 1. si quis in ius voc. non ier. L.* 7 *pr. h. t.* ut Clericus studiosus *&c.* Harpr. *d. loc. n.* 7. Non homo levis & probri plenus, vid. Hering. *d. C.* 8 *n.* 125 *& seqq* litigiosus & rixosus; a quo suum consequi difficile. A. Fab. *ad d. L.* 2. §. 1. Harpr. *d n.* 7. Quin & Pragmaticos, qui in foro versantur, Curiæ Adsessores, advocatos, Procuratores, sunt qui hinc arceant, vid. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte* 5. §. 5. *n.* 3. Hering. *d C.* 8. *sub fin.* Qui ibid. *n.* 129. *& seqq.* inquirit, quid in iis, qui ob potentiam pariter & severitatem aliis formidabiles, itemque *n.* 136. *& seqq.* num Iudex & Magistratus loci idoneus &c.

13) Ubi utrique iniuriarum actio. Nam animus iniuriandi ex re ipsa colligitur, cum inde repudiati fideiussoris existimatio suggilletur. A. Fab. *ibid.* vid. Harpr. *ad §.* 1. *Instit. de iniur. n.* 25. *& seqq.*

14) Regula: Fideiussor eidem iurisdictioni suppositus sit, *L. 1. si quis in ius voc. non ier.* nec detur ex alia civitate, licet eiusdem Provinciæ, *L.* 7. §. 1. *hoc titulo* vid. Suarez. *in L. 2. fori titulo de Comperendinat. §. Ulterius.* 1. *n.* 11. *& seqq.* Matth. de Afflict *Decis.* 137. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin.* §. 5. *n.* 5. Hering. *de Fideiuss. C.* 8. *n.* 100. *& C.* 14. passim. Ratio non quod iniuria alias fieret iudici litis, qui non posset iurisdictione sua cogere ad standum promissis, ut Ant. Fab. *ad d. L. 1. Si quis in ius.* Neque enim multum huius interest. Sed quia alias deterior fieret conditio creditoris, si debitore, cuius copiam habet, dimisso, difficultati alio loco suum ex fideiussore extorquendi se illigare teneretur, ut belle in simili, Moller. 2. *Semestr.* 14 *n.* 15. & convenit ipse Faber *Codice suo tit. de satisd. defin.* 11. Quod si tamen fideiussorem reperire nequeat reus in loco iudicii, quia forte ignotior, si necessaria satisdatio fuerit, auditur, si in alia eiusdem Provinciæ civitate satisdare paratus, *d. L.* 7. §. 1. De quo iuramento Rei fidem haberi vult. Suar. *d. loc.* vid. Hering. *d. C.* 14. Quæ autem ibi dicatur necessaria, quæ item voluntaria satisdatio, multum nostri variant. Suarez. *d. loc. n* 18 illam exponit, ad quam lege quis adstringitur, licet caussa sit voluntaria: Hanc ad quam ex conventione sua, cum evitari posset, & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *in Practica pag.* 62 *per L.* 10. *rat. rem hab.* Cuiac. 22. *Obser.* 26. illam, quæ ex edicto Prætoris, ne vocatus invitus traharur: hanc conventionalem, quæ diem certum ex conventione recipiat, in quem sisti oporteat &c. Ant. Fab. *ad d L.* 7. §. 1. illam quæ ex edicto præstatur, etsi necessitas non præcisa, sed caussativa: hanc quæ ultro ab iis præstatur, quos iuratoriæ, aut nudæ promissioni Prætor committit. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 14. *num.* 25 *& seq.*

necef-

Digitized by Google

in *L. si fideiussor*, §. 1. *eod.* & alia nonnulla in quibus consumitur Titulus, *Qui satisdare cogantur*.

VI. Eventus stipulationis hic est, ut si reus non stiterit, teneatur in id quod interest. *L. ult. si quis in ius voc. non eat.* quod veritatem continet, inquit Ulpianus, non autem quantitatem. *L.* 2. *§. ult. qui sat. cog.* idest, ut ibidem interpretari videtur, veram quantitatem, quanta debetur, quod pro varietate [15] actionum & petitionum distinguitur: non autem certam quantitatem, quæ velut pœna iniungatur desertoribus: nisi tamen [16] certa quantitas pœnæ nomine promissa sit. Et eodem modo fideiussores tenentur. *d. L.* 1. *§. ult.* Hæc tamen ita, nisi reus necessaria aliqua de caussa & cui parere haberet necesse, [17] prohibitus sit, quominus sisteret, quod illius Tituli argumentum est, *Si quis cautio, iudicio sistendi causs. fact. non obtemperav.*

VII.

necessariæ species refert præter iudicio sisti, usufructuariam, rem pupilli salvam fore, expensarum &c. (ac sane priores referuntur, in *L.* 8. *§.* 4. *h. tit.*) voluntariæ exemplum ponit in cautione de rato. Sed Henric. a Suerin. *Reper. Lect. C.* 17. nullam cautionem iudicio sisti necessariam esse, cum vitari possit, si fiat, quod iure fieri debet, id est, si in ius vocatus eat: Esse hoc remedium potius satisdationis, quam quod necessario iniungatur. Quibus tamen non nimis operosum occurrere; quod enim iuris necessitate fit, & præstatur, utique vere necessarium. Nam & urgeri quis dicitur, etsi non absoluta necessitas, *L.* 8. *§.* 5. *de Cond. inst.* (Neque saltem ex Iustiniani mente, ut *h. C. n.* 3. liberatur hac necessitate, qui in ius venerit, quia caveri oportet de persistendo in lite, donec terminetur, ut *d. n.* 3. Postremo hic notandum, satisdationem hanc, si leges, iurisque rationem sectamur, datis solum fideiussoribus expediri, non autem pignoribus, per *L.* 1. *h. t. L.* 7. *de praet. stip. L.* 4. *§.* 8. *de fid. lib. L.* 1. *§.* 9. *de collat. bon. Nov.* 53. *C.* 2. *&* *C.* 3. *§.* 2. verbis *sola personali fideiussione*, *&* *Nov.* 112. *C.* 2. vid. Don. *ad L.* 5. *§.* 2. *de V. O. n.* 3. Pac. 1. *Enant.* Q. 64. A. F. *ad d. L.* 1. Gœd. *ad L.* 61. *de V. S. n.* 2. *&* 3. Suarez. *d. cit. de Comperendinat. Pr. n.* 9. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 10. *n.* 5. *& seqq.* Hæc enim forma satisdationis, quam impleri oportet, ac nec in melius quidem mutari potest, Suar. *d. loc.* Bronch. 1. *Ass.* 25. Nec invito aliud solvi potest, Gœd. *d. n.* 3. etsi melior conditio afferatur, Ayrer. *d. loc. n.* 6. Nec semper plus cautionis in pignoribus, quia interire possunt, eorumque custodia molesta & periculosa, Donell. *d. loc.* & Ayrer. *n.* 7. Adhæc securior, qui habet duos debitores. Nam pignorum datio novum debitorem parere nequit. Fideiussoria autem cautio obligationem pignorum gignere potest, cum bona pignori capiantur in exsecutione iudicati, Anton. Fab. *ad d. L.* 1. Denique facilius fideiussor conveniri potest, quam pignus distrahi. Ad distractionem pignoris longiore circuitu pervenitur, quam ad solutionem a fideiussore faciendam, Philipp. Matth. *ad L.* 25. *de Regulis iur. n.* 7. *&* 8. Diss. DD. vulgo & Wesenbec. *Par. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. Cas.* 142. (qui tamen iudicis arbitrio tribuit, quando per pignora, vel fideiussores idonee caveatur) Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 17. Rotbach. *Process. Tit.* 45. *n.* 10. Quorum opinio admitti certis casibus potest: (1) Quando actor pignoribus contentus, per *d. L.* 61. *de V. S.* ubi Gœd. *L. ult. §.* 3. *Quod legat.* (2) Quando fideiussores reperiri nequeunt, Suar. *d. loc. n.* 9. arg. *not. h. C. N.* 9. vers. *Denique*. Eademque in foro Saxoniæ recepta, in quo reus plane non cavet, ut *h. C. N.* 23. actor ita, si immobilia non possideat, valorem Werigeldi unius, id est, 24. Sexagenas antiquas, 24. *alte Schoeck.*, excedentia, depositione tantæ pecuniæ, vel eius nomine fideiussoribus, aut pignoribus recte cavet, vid. Iacob. Schult. *Observ. forensi* 20. Fideiussio hic requisita a Statuto, quando præstanda etiam parte non petente, ut ex non præstita, nullitas oriatur, vid. Ioan. Petr. Surd. *Decis.* 57. In criminalibus, maxime capitalibus, num huic cautioni locus, non omnino est huius loci. Nam de civilibus agimus, vid. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *C.* 5. *n.* 51. *& seqq.* Hering. *de Fideiuss. C.* 20. *§.* 9. Bronch. 4. *Ass.* 58. Menoch. *Arb. Cas.* 303. Maranta *P.* 6. *Tit. de satisd. n.* 4. *& seqq.* Harpr. *ad §.* 2. *Instit. de satisd. n.* 26. *& seqq.* Num si semel reum criminis sistat fideiussor, & is aufugit, denuo sistere teneatur. Moller. 2. *Semestr.* 2. Hering. *d. C.* 20. *n.* 81. *& seqq.* qui negat.

15) Nam si certæ quantitatis actio, ex. gr. ad 100. certi condictio: ex cautione commissa in 100. Sin incerti actio, tenetur incerti ex stipulatu, in id quod interest, Cuiac. 10. *Obs.* 10. vel potius, ad id quod interest, & ita incerti agendo quoties pœna certa non adiecta, ut Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *p.* 54. Coler. *P.* 2. *C.* 3. *n.* 48. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad Fab. Tr.* 4. *Q.* 6. Illud autem interesse æstimatur secundum modum actionis intentatæ, contra eum qui se non sistit, quanti nempe is condemnari potuit, per *d. L.* 2. *§. ult. L.* 3. *Qui sat. cogant.* Nisi quod Zobel. *Addit. art.* 9. *lib.* 3. *iur. Sax. lit. A.* & Reinh. *inter diff.* Zobel. 26. *P.* 4. *n.* 9. discrimen statuit iuris Saxonici quo fideiussor iuxta modum actionis teneatur; & civilis quo tantum ad interesse non factæ præsentationis a Colero *d. C.* 3. *n.* 49. *& seq.* refellitur. Et æstimatio eius refertur ad tempus, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, *L.* 12. *§.* 1. *Si quis caut.* vid. Pac. 1. *Enant.* 81. Veram autem quantitatem dici *d. L.* 2. *§. ult. Qui satis. cog.* vult A. Fab. *ibid.* ut excludatur actio calumniatoris, & spectetur, quid actoris vere intersit, non quid petierit. Plane Guibald. *Lib.* 2. *de Rat. stud. C.* 16. pro *veritatem*, *in d. §. ult.* reponit *utilitatem*, ut ita id quod interest, a vera quantitate discernatur. Quæ correctio minus necessaria. Quærit Coler. *d. P.* 2. *C.* 3. *n.* 45. an parata exsecutio contra hunc fideiussorem extendatur. Quod negat *n.* 47. *& seqq.*

16) Ni pluris quam statutum est, per ignorantiam promissum, *L.* 4. *§. ult. Si quis caut.* Modum statutum putat Cuiac. 10. *Obs.* 10. ut si actio ex. gr. in 100. pœna non excedat 200. si actio incerti: modus imponatur arbitrio Prætoris. Sed vid. A. Fab. *ibid.* Nec si plus intersit, quam pœna sit, fideiussor nisi ad hanc tenetur, Afflict. *Decis.* 234. Pœna hac a fideiussore præstita liberari reum actione principali contendit Caspar Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tr.* 4. *Q.* 5. Quod nunc non excutio. Quæ pœna iuratoriam cautionem deferentis, vid. *L. pen. C. de dignit.* ubi Cuiac. *Novel.* 53. *C.* 4.

17) Ubi plura impedimenta percensentur, quæ a contumacia excusant. De quo & quomodo hæc impedimenta probanda, vid. Gui. Papæ Q. 64. & Annotatores ad eum, Valasc. *Tomo* 1. *Cons.* 66. *n.* 13. Pacia. 2. *de Probat.* 47. Menoch. *Arb. C.* 118. Contard. *in L. Diffamari C.* 4. *n.* 116. *& multis seqq.* Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 6. Quodque hic impedimentum iustum non modo morbus proprius, sed & uxoris ac liberorum, scite Ian. Langlæ. 1. *Semestr.* 2. *pag.* 18. *& seq.* Expedit vero hoc casu excusationem absentiæ ad iudicem mitti, vid. Valasc. *d. Cons.* 66. *n.* 12. *&* 14. Io. Ausbach. *Sing. alleg. Lib.* 1. *C.* 35. *&* not. *supra Lib.* 18. *C.* 9. *N.* 6. Iusta quoque excusatio timor minarum reo insinuatarum. Unde responsum refert Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 58. ex hac caussa non sistente reo pœnam conventam præmature a fideiussore exigi, cum prius reo fide publica de immunitate carceris caveri debeat. Non autem excusat impedimentum, quod ipse affectavit, & cui ipse caussam præstitit, *L.* 2. *§. ult. Si quis caut.* dolo scilicet malo, & ob hoc ipsum ne sistere posset. Secus si nihil imputari posset, cur se non sistat, licet impedimentum ex delicto proficiscatur, *L.* 4. *pr. h. t.* Ant. Fab. *ibid.* Privati quoque detentio exceptionem non præstat, *d. §. ult.* Vel quia potest ei imputari, cur non imploraverit Magistratum, vel quia iniuria uni facta non debet alterum contingere, *L.* 67. *de fidei.* A. Fab. *ibid.* Ex caussa vero morbi sontici iubet Lex 12. tab. diem iudicii esse diffisum *d. L.* 2. *§.* 3. ut habet Florentina lectio id est, dilatum. Diffindere enim est interrumpere, infringere, illud tempus demere numero dierum, quibus sisti oportet. Unde dilatio infertur. Cuiac. 12. *Obs.* 18. vid. & Ræv. *ad L.* 12. *tab.* 5. Pollet. 4. *Hist. fori* 15. Suer. *Repetit. Lect. C.* 30. Politian. *Misc. C.* 41. repudians vulgarem lectionem *diffusum*. Quæ tamen

placet

Digitized by Google

VII. Atque hoc loco de usu, & forma veterum loquendi in hac re commodum esse videtur nonnihil dicere, ne quod de ea dicunt, ignoratione verborum nos fallat, & ut quam iam olim hoc cautionis & satisdationis genus in usu fuerit, intelligatur, fitque quod ab illorum scriptis ad usum nostrum transferamus. Monendi ergo sumus, hæc illis verba in hac re fuisse usitata; quæ non temere occurrunt in Pandectis, cum tamen res eadem sit quam nunc dicimus. Nam qui hac promissione se obstringebat reus, dicebatur vadari verbo communi sub significatione passiva, id est obstringi: ut interpretatur Fulgentius in *lib. de prisco sermone*. quod verbum dictum est a vadendo, quia reus hac promissione caveret fore ut vaderet, id est, iret ad iudicium, & ut nos loquimur, iudicio se sisteret. Cautionem ipsam vadimonium appellabant, quasi dicas promissionem de vadendo interpositam. Unde qui vadabatur, idem & vadimonium promittere dicebatur. Cui autem promittebatur, dicebatur vadimonium accipere. Idem & vadari active. Horat. sat. 9.

> ... *Et casu tunc respondere* [18] *vadato*
> *Debebat*......

de reo loquitur qui debebat respondere actori vadato, idest, qui vadimonium acceperat. Inde & fideiussores eo nomine dati vades. Reus cum statuto die veniebat in ius, & ut nostri loquuntur, cum obtemperabat cautioni iudicio sistendi caussa factæ, dicebatur obire vadimonium, quasi dicas ire ob vadimonium. Cum autem non parebat cautioni, dicebatur deserere vadimonium: pro quo Ulpianus dixit deserere promissionem iudicio sistendi caussa factam: est in *L.* 4 *§. quæsitum. D. qui sat. cog.* Unde Paulo pœna desertionis pœna deserti vadimonii in *L.* 5. *§.* 1. *D. eod.* Quæ omnia cum apud Ciceronem aliis in locis frequenter, tum in Quintiana passim occurrunt. Testimonia alia si quis desiderabit, & habere volet, Budæus suppeditabit in annotationibus ad Pandectas.

VIII. Est igitur, ut proposui, hæc conditio delata reo, ut aut caveat, aut in ius eat. Ut si cavebit se iudicio stiturum, non cogatur in ius venire ante constitutum diem. Sed etsi cavet, hoc consequitur, ne veniat: ita si conditione non utitur, ita ius est, ut sine cunctatione iubeatur ire. Quam ob caussam ius est actori privato, reum in ius ducere, & trahere [19] invitum: si is extra domum conspiciatur. Nam eum, qui est domi suæ, non licet de [20] domo sua in ius vocare, idest, extrahere, & ducere. *L. plerique*, & *L. seq. D. de in ius vocan.* Quod cum multis, & variis testimoniis cum aliorum auctorum, tum nostrorum dilucide expediverit Franscifcus Duarenus *lib.* 1. *disp, cap.* 1. actum non agam. Tantum illa, quæ

placet Brodæo 10. *Misc.* 6. qui exponit in postetum reiectum. Morte rei ut liberetur fideiussor, vid. *L.* 4. *Qui sat. cog. L. sancimus.* 26. §. *sin autem & secundum. C. de fidei.* Coler. *d. C.* 3. *n* 62 *& seq* Liberari quoque fideiussorem docet Hipp. de Marsil. *de Fidei. n.* 110. si reus postea mutet conditionem vel fiat alterius fori, ex. gr. Clericus. Quid si semel exhibitus deserat iudicium? Dist. an simpliciter fideiusserit, an in totam caussam aut in finem litis, vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 8. *Q.* 8. *& in tabula actionum pag.* 1151. Et quod non teneatur fideiussor post sententiam tractat Roder Suar. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinat.* §. *sed pone quæstionem* 4. *n.* 37. *per L.* 8 §. 3 *de fideiuss. L.* 1. *Si ex noxali Cap. ag.* quia in iudicio sisti non continetur iudicatum solvi, licet hæc in illa sic Et quia iudicium finitur per sententiam, utique & hæc cautio. Nisi ad certum tempus fideiussit, & id nondum elapsum, *per d. L.* 26. *C. de fidei.* Quare nec in appellationis instantia hanc perseverare docet idem *d. loc. n.* 29. arg. *L.* 20. *D. Iudic. solvi.* Sed hanc opinionem communem quidem esse, at in foro nostro Saxoniæ non servari, scribit Moller. 2. *Semestr.* 2. *n* 4 Plane sine scriptis & adiectione diei accepti fideiussores ex constitutione Iustiniani *L. pen. C, de fidei* non tenentur ultra duos menses. Quia nec in longius tempus se obligare voluisse præsumitur, qui ex scripto fidem suam adstringere noluit, Cuiac. *de Div. temp. præs.* C. 13. *&* 19. *Obs* 34. Ubi & *præced. L.* 26. constitutum docet, ut post commissam pœnam fideiussor intra sex menses exhibito reo moram purgare pœnamque effugere queat. In quod accuratius inquirere non vacat. Ordinis autem beneficio hunc fideiussorem non iuvari, censet Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 98. ne elusoria fiant iudicia. Nam qui semel contemsit Magistratum reus, nec iudicio stetit, deinceps quoque contumax futurus præsumitur

18 . Lambin. *ad Horat. d. Sat* 9 Vades, ait, qui periculo suo promittunt aliquem vadimonium obiturum, ut si non obeat, vas litis æstimationem subeat, add. Auson. Potman. *Lib* 4. *de Diff. verb. pag.* 217. *& seq.* Iac. Nic. 9. *Misc. epiphyll.* 1. *P.* 5. *Thesauri Critici* Gruteri Hot. *ad* §. 15. *Inst. de act. & ad d. L.* 13. §. 1. *C. de iud.* Gov. 1. *Var. Lect* 40. Baro. *in L* 7 § *ult. de minor.* Cuiac. *ibid.* qui tractant, quid eremodicium desertum a vadimonio deserto differat) Ræv. *Protribun C.* 9. (qui duplex vadimonium statuit) & ad *LL.* 12 *Tab. C.* 5 Obr. *de Concip. libell.* C. 8. *n.* 3. *&* 4 Hering *de Fidei C.* 3. *n.* 42. *& seqq.* De vadimonio deserto apud Athenienses Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de iurisd. iuda. Græc. &c. C.* 9. *n.* 34. *& seqq.*

19) Recte. Sed variat hic Donellus a seipso, qui *supra* C. 2. (vid. ibi *n.* 6.) iam olim exolevisse morem illum ducendi scribit.

20) *L. nemo* 103 *de R. I.* Quintil *Lib.* 8. C. 9. legem Romanorum fuisse: Ex domo in ius educere non licet, Et ut *d. L.* 18 domus tutissimum refugium dicitur, ita Cic. *pro domo* nihil est sanctius, nihil omni genere munitius. Xenop. *Lib* 7 [illegible]. vid P. Fab. *ad d L.* 103. Cuiac. 7. *Obs* 15. *&* 16. *&* 1. *Paul ad edict. in L.* 19. *&* 21. *de in ius voc.* Balduin. *in not ad d L.* 18 Ræv. *Protrib.* C. 3 Vult. *Disc. schol.* 1. *pag* 22 A Fab. *C. suo de in ius voc defin.* 9. Wes *Cons.* 43 *n.* 56. Myns. 4. *Obs.* 69. Sig. Scacc 1. *de Iudic.* 4d *n* 8. *&* 9. fuse Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 56. Etsi vero plerique ad tractionem violentam, quam nunc citationem realem usurpant, hoc ius accommodent. Quomodo & P. Nann. 10. *Misc* 1 vocare *in d. L.* 18. non esse citare ac denunciare, ut ad litem suscipiendam adsis, sed invitum duci. (Ut tamen non tantum ab actore, vel adversario, sed nec a lictore domo extrahi potuerit, vid. Ræv. *d. C* 3. licet Cuiac 7. *Obs.* 16. ab exsecutore, maxime publici debiti caussa, recte extrahi scribat,

Digitized by Google

quæ inde nata ius illud secuta sunt, in edicto prætoris, ostendam. Ex quibus etiam quid antecesserit, facile intelligetur. Ergo quia prætor eum, qui vocatus non cavebat, permittebat in ius duci: consequens fuit, ut eum, cui hanc potestatem faciebat tueretur. Inde edixit, ne quis eum, qui in ius vocatus est, [21] vi eximeret. Tit. *ne quis eum qui in ius voc. est vi exi.* Non eximitur, nisi qui ausertur ei cuius in manu, & potestate est. Nec vis est, nisi quæ ducenti & retinenti infertur. Nam reo utique non infertur: qui volens discedit.

IX. Rursum cum duci invitum in ius nonnihil haberet dedecoris & infamiæ, argueretque contemptum eius, qui duceret; ea res caussam dedit ei parti edicti, quæ est de in ius vocando; quæ sub eo titulo in Pandectis explicatur: qua parte prætor quosdam accepit, ex quibus alios in totum vetuit in ius vocari: ut magistratus, qui imperium habent, item eos qui necessaria aliqua de caussa & Reipublicæ utili impedirentur, ne venirent, qui omnes singulatim enumerantur in *L.* 2. 3. & 4. in pr. *D. de in ius voc.* alios prohibuit vocari in ius sine permissu suo; quo in numero parentem, patronum, liberos parentesque patroni, patronæve prætor excepit: de quibus extat fragmentum edicti in *L.* 4 *D. eod.* adde hæredes patroni patronæ quanvis extraneos ex *L.* 2. *C. eod.* Patroni etiam uxor excepta. *L.* 1. *C. eod* sed ex sententia edicti, quia dum prohibetur, patronus in ius vocari, prohibetur ne ei fiat hæc iniuria; patitur autem quis iniuriam etiam per uxorem. *§ patitur, Inst. de iniur.* Quod cur prætor in his constituerit potius, quam in cæteris caussæ nihil erat, nisi in vocatione inesset aliquid, quod in persona magistratuum esset contra ipsorum dignitatem; in persona eorum, qui aliquo officio, & opera detinerentur, esset, quod illos ab ea re abduceret; in persona autem parentis, & patroni esset aliquid turpe, & contra reverentiam istis personis debitam. Id autem est in his omnibus, si ducantur in ius. Duci ergo potuit iure Romano, qui in ius vocatus, non caveret: præter eos, quos modo dixi edicto prætoris exceptos. In quibus cum prætor simpliciter parentes nominet: tamen sciendum est, id de parentibus accipiendum esse, qui vocentur a liberis, quos in potestate non habent. *L. ult. C. eod.* Nam qui sunt in potestate, his cum patre nulla lis, nullum iudicium esse potest, ne permissu quidem prætoris; nisi de castrensi peculio. *L. lis nulla, D. de iud.* quod non est huius loci, ut explicetur.

X. Sed videbitur alicui hæc ductio in ius, de qua loquimur, aut iniqua esse aut supervacua, etiam si maxime quis cautionem iudicio sisti exigendam a reo ante putaverit. Quid enim agitur, vel potius quid agebatur olim apud prætorem, cum ad eum in ius ventum erat? an eo veniebatur ut cogeretur ut reus litem statim contestari, & iudicium accipere? at hoc iniquum, & contra edictum prætoris, quod iubet ita edi actionem, ut scire possit reus, utrum cedere, an contendere debeat: an ut tantum apud prætorem actio ederetur? at fuit supervacuum, in ius ducere reum, eique tantum negotii exhibere, eius rei gratia, quæ etiam extra ius transigi poterat. Quid ergo est? Et Iustinianus in *Novella* 53. *§. sed & illud*, indicat invitum reum non alio consilio ad iudicem duci solitum, quam ut compelleretur litem apud iudicem contestari. Neque in eo queri debuit reus sibi iniuriam fieri, quod imparatus, & omnium ignarus id facere cogeretur. Imputare enim sibi debuit, quod cum posset, non caverit. Quod si diximus non debuisse ei denegari dilationem ad deliberandum, dummodo cavere paratus esset apud prætorem, quod alias potuit; fortasse non erraverimus. Est enim hoc

[21]) Non male tamen Azo *in Summa C. de in ius voc. n.* 2 qui ad se aditum ex domo non præstaret, inde nec verbo vocari posse censet. Idque probatur *d. L.* 19 *&* *L.* 21. ubi vocula *interdum* opinor se refert ad eum, qui aditum ad se præstat Et ex *L. qui in domum* 23. *de iniu* Unde Damh *Praxi civ. C* 59. *n.* 10. non licere domum ingredi citandi caussa, nec in caussa civili, sed ante fores fieri denuntiationem debere. Nam & quod domus tutissimum receptaculum *d. L.* 18 eo quoque pertinet, ne occulta familiæ, solisque Diis Penatibus adspicienda, curiosis pateant oculis insidorum Io. Passerat *in Lib.* 1. Cic. *d. LL. initio*. Domum autem accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium, arg *L.* 5. §. 2. *de iniur.* Idem ergo ius domus alienæ conductæ, aut in qua degit, ut inquilinus, P Fab. & Hip a Collib. *ad d. L.* 103. ac Phil. Matth. *n.* 8. Myns *d. Obs.* 69. *n.* 3. Gail. 1. *Obs.* 48 *n.* 14. Quin & in navi idem statuit Benvenut. Straccha *de Mercatorib. Tit. de Navib. Part.* 3. *n.* 5. Et in diversorio Conrad. Heresbach. *Epitome Christianæ Iurisprudent. Edictio X Præcepti pag* 302. quod & hoc tutum hospiti receptum, & hospitii iure securitatem præbeat Unde Iupiter Xenius quasi hospitii præses Plura huc facientia pete ex Speckin, *d.* Q 56. ubi variis modis extendit ac restringit Ibidemque tractat, num idem ius ædis sacræ, Monasterii, Palatii, Episcopi, statuæ Principis, Scholarum, &c ut nempe, qui eo confugerunt, inviti non abducantur, add. Scaccia *d.* C. 46. *n.* 4 *&* 7. *seqq.* Sane aliam citationem, verbo vel per litteras, in æde sacra recte expediri etiam a sæculari, vult Bover. *Sing.* 9. *n.* 32. add. Afin. *Praxi* §. 6 *C* 1. *n.* 6. Goth. *in L.* 6. §. 3 *C. de his qui ad Eccles.* Incivile tamen esse; si quis inde vocetur, notat P. Gilken. *ad L.* 2. *n.* 12 *C. de SS. Eccles.* adde *Edict. instin* 13. C. 10. §. *ult* & vid. Mudæ. *ad §. pœnales* 12. *instit. de act. n* 29 *&* *seqq.* Virgil. Pingitz. Q. 54. *&* *supra Lib.* 15. *C.* 27. *lit. C. D. ibique not.*

hoc humanius. Neque ideo ductio inutilis: utpote per quam actor alterutrum consequebatur, aut ut caveret reus iudicio se sisturum, si diem ad deliberandum impetrare vellet: aut ut litem contestaretur.

XI. Hoc iure breviter exposito de necessitate in ius veniendi cum sit vocatus: non abs re iam extremo loco quæri potest, quid his rebus opus fuerit, non dico ductione: sed omnino ullis cautionibus iudicio sistendi caussa adversum eum, qui vocatus nollet venire? Ut dilationem accipiat; inquis; & tamen interim consulatur actori, nempe reus vadimonio obstringatur ut si velit frustrari actionem, impune non possit: sed in promptu contradictio est. Frustretur enim, ut libet, quid refert? an eo absente de caussa cognosci, & res adversus eum iudicari non potest? Quod si potest, cur rebus non necessariis oneramus actorem, ut scilicet reum in ius ducat, aut ab eo satisdationem vel cautionem exigat, in eoque laboret, ut ad ius suum perveniat, qui sine ulla molestia, & sine mora ad id pervenire potuisset? Et sciendum est his rebus fuisse opus, si de re cognosci & iudicari volumus. Quod ut fieret, veteres, ut dixi, melius esse statuerunt. Sunt enim illa duo in hanc rem comparata, ut reus in ius veniat; item ut cum venerit, respondeat actori, & ut erit eius responsio, ita cognoscat iudex de re, & iudicet. Quid ergo eo absente, & potestatem sui non faciente, non potest de re iudicari? Sane vero lite non contestata [22] non potest, quod disertis verbis positum est a Iustiniano in *Novell. 53. de exhib. reis*, §. *si vero*. Et sane iudicio non constituto aut erepto nec iudex quisquam, nec cognitio iudicis aut sententia intelligitur. Porro ita ius nostrum est, ut nullum sit iudicium lite non contestata; argumento hæc sunt, & quod a lite contestata iudicium incipere dicitur. *L. 1. C. de iud. Novell. 112.* & quod non nisi lite contestata res dicitur in iudicium deduci *L. unic. C. de lit. cont.* quo efficitur ut non contestata lite nec de re cognosci possit nec iudicari. Quod & in Decretalibus expressum est, in quibus legitur hic Titulus; *Ut lite non contestata non procedatur*. Prodest autem reum in ius venire ut is cum eo contestetur: cum enim venerit, necesse habebit adversario respondere nisi pro confesso haberi velit, ac quicquid de re responderit, in eo inest litis contestatio, ut dicam suo loco. Quare hoc constituto ut litem contestari oporteret, de qua vellemus iudicari: eadem opera & cautionem introduci oportuit, quæ in hoc valet, ut reus in ius venire cogatur, ac tum is cum eo contestetur: quod satis aperte Iustinianus significat in *d. §. si vero, Novel. 53. de exhib. reis.*

XII. Quod si quis detur nobis locus, in quo ita ius sit constitutum, ut quanvis adversarius vocatus non venerit, possit tamen iudex cognoscere, & cum cognoverit sententiam ferre: profecto ordo omnis superior in cautionibus & satisdationibus exigendis, in ducendo reo, qui non caveat, tum id ius omne, quod ex ea caussa nascitur tanquam supervacuum & inutile evanescet. Primum non exigemus a reo cautionem, ut in ius veniat, quia etsi non venerit, caussa nihilominus eo absente recte agetur. Ob eandem caussam non caventem non ducemus in ius, cum eum in ius venire iuris nostri persequendi caussa non sit necesse. Iam vero ductione sublata, neque illi edicto, Ne quis eum, qui in ius vocatus est, vi eximat, erit locus: cum natura non possit eximi, qui non detineatur: neque ulli erunt, quos propter ignominiam ductionis, aut contemptum in ductione adhibitum, aut iustam absentiam, excipi oportebit, quominus iis condicatur dies, quo in iure adsint: cum non ducantur. Quapropter cum aliud obtinuerit moribus nostris in Gallia, ut sive reus veniat vocatus, sive non veniat, caussa pariter adversus utrumque agatur, neque hoc exigemus, ut is prius cum adversario contestetur: non erit mirum, si toto superiore iure circa vocationem in ius [23] non utamur. Nam ne Ro-

22) Quod confirmat Coras. *in L. si finita 15. §. Iulianus 16. de dam. inf. in Summ. tract. primi & 2. decreti n. 22. & seqq.* ubi hanc regulam restringit. (1) Nisi natura rei petitæ missionem in possessionem non admittat, ut specie *C. un. de eo qui mitt. in poss.* vide not. *infra C. 11. N. 16.* (2 Favore libertatis, *L. 36. §. 7. de fid. lib. L. qui se 67. de iudic.* & in caussa libertatis ecclesiæ, *C. cum olim 34 de testib.* In summariis quoque, quia non requiritur litis contestatio, posse liquidatu negocio semper ad definitivam perveniri, docet Sig. Scaccia. 1. *de iudic.* 96. *n.* 17. Et ideo in caussis quoque matrimonii, *C. quoniam frequenter 5 §. porro ut lit. non cont.* putat Coras. *d. loc. n.* 22. non tam quia missioni in possessionem in iis non locus, quam quia Summariæ.

23) Atqui apparet, ex *L. consentaneum* 8. *C. Quom. & quand. iud.* quod & post litem contestatam (ita enim ea L. accipienda per verba extrema, *iunct. iis, quæ h. C. N. præced.*) si actor petierit, cogatur reus, ut se repræsentet, & ita realiter citetur, ac prehensus in iudicium ducatur, vide Gœd. *de Sequestr C. 1. n. 73.* Scaccia. 1. *de iudic.* 96. *n.* 6 Si itaque post iudicium acceptum ductionis usus, utique etiam quando lite non contestata iudicari potest. Et possunt caussæ esse, cur malit litem peragi actor, reo præsente quam absente. Quid enim si reum coram convincere malit & expeditius possit. Usu nostrorum iudiciorum actor quidem reu, de quo mox. Ast reus acturi nullam, nec iudicio sisti nec iudicatum solvi cau-

tionem

Romani quidem essent usi, si prius illud, quod dixi, non statuissent, lite non contestata iudicio agi non posse. Hæc caussa fuit, cur in eo iure explicando non sim longius immoratus, contentus modo capita ipsa rerum indicare, & digitum, quod dicitur, ad fontes intendere, quo admoniti lectores haberent ipsorum titulorum, qui sunt de hoc genere, argumentum: cuius cognitionem pleniorem ii qui vellent consequi, ab ipsis titulis nullo negotio petere possent.

tionem præstat, etsi immobilis non possideat, Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 11. *n.* 92. post alios Moller *ad Nov Elect. Sax.* 5. *p.* 1. *n* 2. licet *text. Lib.* 2. *art.* possessorem solum reum satisdatione revelet. Nisi iustæ caussa accedant, timor fugæ, vel dilapidationis, Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 3 *n.* 11 Cæterum & actor reo cautionem præstat iure civili novissimo qua initio litis, & antequam libellum dirigat, satisdat, & de lite intra duos menses, a die exhibiti libelli, contestanda, *Nov.* 96. *C.* 1. *auth. libellum C. de lit. cont.* & de eadem ad finem usque prosequenda, ac si victus fuerit, decima parte quantitatis libello petitæ reo sumptuum nomine restituenda, *Nov.* 112. *Cap.* 2. *auth. generaliter. C. de Episc. & Cleric. add. edict. Iustin.* 7. *Cap.* 5. (sicut & olim cautio decimaria præstanda, vide *not. infra Lib.* 24 *C.* 3. *N.* 5.) Merant. *P.* 6. *b. t. de sat. n.* 16. Valas probe declarans *Cons.* 66. *n.* 1. 2. 3. Harpt. *ad* §. 2 *Instit. de sat. n.* 43. Sed huius cautionis usum plerisque locis exolevisse, plerique testantur, Sich. *ad auth. offeratur. C. de lit. contest n.* 13. Hartm. Hartm. *tit.* 5. *Obs.* 3. Coler. *decis.* 105. *n.* 2. & 3. Sig. Scacc. 1. *de iud.* 101. *n.* 55. Frideric. Schenck. L. B. a Tautenberg. *Progymnas. fori Lib.* 2. *tit.* 6. Valas *d. Cons.* 66. *n.* 2. Lancel Conrad. *de Offic. Prætoris in causs. civil. v. satisdatio n.* 1. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 99. *n.* 5. Merito ait Goth. *in not. ad d. auth generaliter.* alioqui egeni suum nunquam iudicio recuperarent, destituti satisdatione. Contra expedire Reip. ut hæc iura in usum revocentur, censet Ventura de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 13 *n.* 27. Sed & Damhuder. *d. C* 99. *n* 6. quando actor extraneus aut peregrinus aut vagis inerrans sedibus, adhuc posse reum citatum petere ab eo satisdationem, qua se submittat iudicio, deinde ut in eadem iurisdictione eligat certum habitationis domicilium. Iure vero Saxonico huius cautionis de persistendo in lite, frequentem usum esse attestatur Coler. *decis.* 105. *n.* 4. & *seq.* post Fachs. *Diff. iur. Civ. & Sax.* 40 *inter diff* Zobel. 10. *P.* 1. *n.* 5. Ex aliis quoque multis locis eius usum superesse, postquam hæc scripsi comprobasse pluribus reperi Hering. *de fideiuss. C.* 10. *n.* 117. & *seqq.* Et Iure sane Saxonico duæ cautiones actori iniunctæ: 1) Guaranda, *die Gevver* (unde guarentizare, *C. un. pr. de lege Corradi* 2. *Feud.* 34. *pr.* pro evictionem præstare, Hot. *in Ponnio feud.* vel liti subsistere: ac defensionem suscipere, Cuiac. *ad d. C. un. ipsi* 4. *F.* 38. repromissio defensionis rei contra alios actores, qui super eadem caussa litem moturi, ut Coler. *ad C.* 2. iunct. *C. dilecti* 8. *supra de Except. n.* 17. De cuius præstanda necessitate, forma, viribus item & effectibus, vide *Nov Elect. Sax* 4. *p.* 1 ubi Moller. Coler. *decis.* 109 Zang *de Except. P.* 2. *C.* 20. Hering *de Fidei C.* 10. *n.* 137. & *seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 22 Wehner. *Obs. pract. de V. S verb. Gevver.* Iac. Schult. *Addit. ad Bruner a Sole Loc. comm. verb Guaranda & ad d. decis.* Coleri 109. & *novissi. obs. forensi* 14 & 2. *seqq* Hanc in exsecutivis non præstari monet Coler. *de Process. exsec. p.* 4. *C.* 3. *n.* 12. eo quod finis eius sit, ne mutetur postea libellus, isque in exsecutivis cesset. Quam sententiam probat, ast rationem perstringit Iac. Schult. *add ad d. dec.* 109. *n.* 18 & *seqq.* ubi vide 2) Pro expensis & reconventione, vulgo *Verstand* cuius finis, ne victus actor e iudicio se proripiens ac regione excedens reum sumptibus & mutua petitione frustretur. Unde & huic cautio iudicio sisti sive de prosequenda lite inest, Modest. Pist *Q.* 115. De qua vid *Nov Elect. Sax.* 5. *p.* 1. ibique Moller Zang *d C.* 20. Mod. Pist. *d. Q.* 115. novissime Iac. Scult. *Obs. forensi* 17.

Digitized by Google

C A P. X.

Ei qui in ius vocatus non venit mulctam a magistratu posse irrogari.

Transitio & divisio. I.
In ius vocato, nec eunti mulctam irrogari, & quatenus a iudice; & quae eius remittendae caussa. II.
Potest irrogari mulcta etiam ei qui sit ex aliena iurisdictione, si vocatus ire contempsit, & quare. III.

I. SEd redeo ad ius Romanum. Cum ergo id agerent veteres, ut reus vocatus in ius veniret, quoniam ita statuerent iudicium ante esse non posse, & tamen iudicium, si posset, fieri vellent adversus eum qui iudicio provocatur: primam quidem eam rationem inierunt quam supra dixi, ut vel duceretur reus in ius, vel obstringeretur promissione iudicio sistendi caussa, quo adduceretur metu pœnæ promissæ, ut ad diem constitutum veniret. Sed hac non contenti duas præterea pœnas constituerunt in hanc rem adversus eos qui sui potestatem non facerent; mulctam, & possessionem bonorum eorumque distractionem: ex quibus prior est adversus omnem, qui in ius vocatus non venit, sive caverit quid, sive non caverit. Altera patet latius: constituta est enim adversus omnes, qui non faciunt sui potestatem, sive vocati sint, sive non sint, nec tantum si consulto absint, sed etiam si non consulto.

II. Placet ergo ei, qui in ius vocatus non venit, mulctam pro iurisdictione [1] iudicis irrogari posse, ex caussa tamen, nempe si dolo malo non venerit, eum scilicet [2] & deberet & intelligeret se debere: alioqui & ei remittetur mulcta; qui ita non venit, quia dies esset [3] feriatus, aut quia non pertineret ad iurisdictionem eius ad quem vocatur, (neque enim aut eo die, aut ad talem iudicem quisquam venire cogitur: nec ut veniat actoris quidquam interest) remittetur & homini [4] rustico & imperito, qui propter insolentiam

1) Contumacia enim non solum pars offenditur, sed & iudex, & sic mulctatur ratione iudicis, ut non obstet *L. satisque* 19. *de in ius voc.* Nicol. Carbon. *Practica Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 2. Potest & citationi inseri comminatio, ut nisi compareat reus, certam pœnam parti solvat. Qui si se non stiterit, solvere cogitur, etsi adversarii nihil intersit, immo etsi probari possit eum temere litem movere, ita post Caroc. *Decis.* 19. *n.* 60. Iac. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 87. modo tamen ut ibid. *n.* 89. præcepta huiusmodi comminatoria, cum caussæ cognitione, aut saltem expressione facta. Cæterum ni vererer, ne moles libri nimium excresceret, aliqua hic referrem, haut vulgaris usus de contumacia eiusque speciebus ac coercitione, &c. (Plurima quippe suppetunt) ex Rebuff. *in Const. Reg. Tomo* 3. *de Contumacia*. Sig. Scaccia. 1. *de Iud.* 91. *& seqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. Praet. in caus. civil. v. contumacia*. Maranta *Specul. P. 6. membro iudicii* 2. Damhud. *Praxi civil. C.* 77. *& seqq.* Octav. Vestr. *Lib.* 4. *Pract. aula Rom. C.* 4. Suaraenthaler. *Process. Lib.* 1. *act. iud. praeparat.* 2. In. Pels *Process. cit.* 14. *& seq.* Goldstein. *Process. C.* 13. *& seqq.* Iac. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 3. Ot. Meland. *Com. Cameral. Part.* 6. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de iudic. Resol.* 12. Magon. *Cynos. advoc. C.* 30. Rulan. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 13. *& Lib.* 5. *C.* 7. *& Part.* 4. *Lib.* 8. *C.* 4. Peregrin. Iannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali, C.* 2. *n.* 162. *& seqq.* Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 21. P. Prider. *Lib.* 2. *de Mandat. iud. C.* 17. Coler. *de Process. executiv. P.* 1. *C.* 2. Mull. 3. *Semest.* 38. *&* 4. *Semest.* 42. Bender. *de Revisione Concl.* 31. Cuiac. 18. *Obs.* 30. P. Fab. *ad L.* 199. *de R. I.* Wes. *ad L.* 13. §. 1. *& seq. C. de iud.* Cagn. *ad L. un. Si quis ius dic. non obt.* Blor. *in L. Diffamari, C.* 8. *n.* 19. Tiraquel. *Tr. cessante caussa P.* 1. *n.* 59. *& seqq.* Ant. Corset. *Sing.* 68. *& seqq.* Marsil. *Sing.* 87. 91. 283. *&* 377. In. Ant. Trigon. *Sing.* 88. Menoc. *Arbitr.* Q. 36. *& Casu* 153. *ac seq. & C.* 280. *ac* 521. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C. ult.* Gail. 2. *Obs.* 60. Mynf. 4. *Obs.* 58. Wurmf. *Lib.* 1. *Obs. tit.* 7. *auctore diff. iur. civ. & Sax. P.* 1. *diff.* 12. *& plurib. seq.* Matt. de Afflict. *decis.* 29. Viv. *Lib.* 1. *decis.* 138. *& Lib.* 2. *decis.* 283. Tessaur. *deciss.* 265. Coler. *decis.* 104. *&* 280. *& Cons.* 1. *n.* 13. *& seqq.* Meichsner. *decis. Cam. Tom.* 2. *Lib.* 2. *decis.* 1. *passim.* Hart. Pist. *Lib.* 1. Q. 3. Rauchbar. *P.* 1. Q. 1. Andr. Scheffer. *P.* 1. Q. *pract.* 6. *&c.* Num in pœnam contumaciæ ædes dirui possint, & de scotentia *L.* 20. *Comm. divid.* vid. Duar. 1. *Disput.* 4. Ræv. 2. *Var.* 7. Cuiac. 13. *Obs.* 29. Robert. 3. *Sent.* 4. Radulf. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 3. Marc. Lycklama *Lib.* 5. *Membranar. Ecloga* 11.

2) Neque enim aliter vere contumax. Sive a contemnendo dicatur, ut Verius longus *de Orthographia pag. m.* 331. & Cuiac. 18. *Obs.* 30. sive a tumore aut a verbo *contumeo*, quod inflari est ac superbire, ut post alios Scaccia. 1. *de Iud.* 91. *n.* 3. Statuunt autem DD. nostri contumaciam aliam veram, aliam fictam, quibus addunt quidam præsumptam, Damhud. *Praxi civil. C.* 78. *n.* 25. *&* 28. *&c.*

3) Vide *infra Lib.* 24. *C.* 7. ibique not. *N.* 1.

4) Quia dolus in rustico non ita præsumitur, ita post Curt. Menoch. *Arb. Cap.* 194. *n.* 50. Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de Dol. C.* 1. *n.* 42. Alia ratio est *in L.* 2. *C. de in ius voc.* Quia nemo tam rusticus, quin Patronum suum, a quo manumissus est: Hic vero creditur, quod iudicem competentem non cognoscat, Carbon. *Practica Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 10. vid. Choppin. *Lib.* 2. *de Priv. rust. P.* 2. *C.* 2. De aliis caussis excusantibus a pœna contumaciæ præter plerosque laudatos *h. C. N.* 1. *& C. praced. N.* 17. vid. Menoch. *Arb. C.* 153. Damhuder. *Praxi Civ. C.* 75. Contard. *in L. diffamari C.* 2. Sebast. Medic. *de Casibus fortuitis P.* 1. Q. 4. Webner. *Obs. Pract. de V. S. v.* Ehehafften Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *pag.* 65. *ac seq.* Speckan. *Cent.* 1. Q. 56. Enimvero ut quis ceu contumax plectatur, necesse esse tradunt, ut adversarius in termino compareat, ac contumaciam accuset. Nec iudex non instante parte in contumaciam procedere solet, vid. Contar. *in L. Diffamari C.* 5. *n.* 85. *& seqq.* Lancell. Conrad. *de Offic. Praetoris in causs. civil.* 5. *contumacia n.* 9. *&* 10. Afin. *de Executi.* §. 3. *Cap.* 15. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 47. Franc. de Caldas *ad L.* 3. *C. de in integr. restit. in definitione v. Laesi. n.* 6. Ubi diversum statuit, si ex Statuto contumacia inducatur, ut pro confesso sit, qui certo die se non stiterit. Quia, ait, quando pœna ipso iure infligitur, factum hominis non exigit. Contra in terminis Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 17. Scaccia, 1. *de Iudic.* 91. *n.* 18.

Digitized by Google

tiam forensium rerum, an venire deberet, & quo non intellexit. Hæc ad illam sententiam Paulus in *L. 2. D. si quis in ius voc. non ier.*

III. Neque vero in mulcta irroganda quidquam putatur referre, utrum is, qui vocatus est, ex eius iurisdictione sit ad quem vocatus est, an ex aliena. Sine exceptione qui ad prætorem, vel alios, qui iurisdictioni præsunt in ius vocatus est iubetur venire; quamvis sit ex aliena iurisdictione: & ita iubetur ut nisi veniat, possit mulcta damnari. *L. si quis ex aliena, D. de iudic. d. L. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Ei quidem, qui extra territorium, aut supra iurisdictionem suam ius dicit, impune non paretur. *L. ult. D. de iurisd.* sed hoc tunc vere dicitur, cum constat, non esse iurisdictionem magistratus. Quod si de eo [5] dubitetur, recte visum est esse prætoris existimare, cum sua sit iurisdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem prætoris. *d. L. si quis ex alie.* Ut hoc ipso, quod contemnatur eius auctoritas, iure mulcta infligatur: atqui paulo ante dicebamus mulctam ei remitti, qui indicta die non venit, quia non erat subiectus iurisdictioni eius, ad quem vocabatur. Et quid interest, quæso utrum non indicatur mulcta, an ita iudicatur, ut exigi non possit? Sane vero nihil interesset, si semper ei mulcta remitteretur. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L. 1. D. quod quis iur.* Sed fieri potest, ut cum indicta erit mulcta & apparitor iussu prætoris mulctam exactum venerit, pergat reus non venire quo casu recte mulcta ab eo exigetur. Quod si tum veniet ad prætorem, & docebit se ideo non venisse quia eius iurisdictioni subiectus non esset; ibi locus est cum mulcta ei remittatur. Ergo saltem hac ratione frustra indicetur mulcta, dixerit quispiam: quia semper erit in potestate rei, venire in ius & privilegia sua allegare. Imo hac ipsa ratione ideo utile, quia reus metu mulctæ excitatus in ius veniet privilegia sua allegaturus, quod sine mulctæ irrogatione fortasse non fecisset.

5) Ita plerique distinguunt vid. Corset. *Sing.* 149. *n.* 2. Gœd. *de Sequest. C.* 1. *C. n.* 5. *& seqq.* Cagn. *ad L. ult. de iurisd. n.* 43 Busius *ad d. L.* 5. Matth. Steph. 1. *de iurisd.* 33. *n.* 18. P. Wes. *Cons.* 5. *n.* 11. *& seq.* Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. *n.* 10. *& seq.* Georg. de Cabedo. *P.* 1. *Decis.* 22. *n.* 6. *&* 7. Bronch. 1. *Enant. Ass.* 25. P. Greg. 2. *de Appell.* 15. *n* 7. *& seq.* Damhuder. *Praxi civil. Cr.* 74. *n.* 3. Speckh. *Cent.* 3. *Cl.* 4. *Q.* 1. docens qua protestatione hic utendum sit venienti, quo de vid. & Martin. Nigrin. *de Process. v. cessatio. n.* 20. Unde si Studiosus ad Prætorem loci vocatus, non tenetur venire quia privilegium notorium, nisi dubium, an sit Studiosus, vide Rebuff. *Privil schol.* 154 Et ut teneatur oportet, caussa ea in citatione expressa sit, quæ si vera esset, citatus sortiretur iurisdictionem citantis. Bover. *Sing.* 9. *n* 28. *& n.* 33. Quod notatu dignum. Itemque ut citatio eum in territorio comprehenderit, Marc. de Mantua *Sing.* 42. *&* 45. Cæterum quando Citatio extra territorium sive Provinciam licita, & ut expediatur per litteras subsidiales, mutui compassus, &c vid. Gail 1. *Obs.* 56. Bover. *d. Sing* 9. *n.* 9 *& seq* Scacc. 1 *de iudic.* 33. *n.* 6. *& C.* 40 Cagnol. *ad d. L. ult. n.* 37. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 9. Rosb. *Process. tit.* 23 *n.* 5. Marant *P.* 6 *tit. de citat. n.* 40. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5 *C.* 4. *n.* 34. *& seqq.* Wes. *Cons.* 97. *n.* 2. *&* 3. Coler. *Cons* 6. *Process exsec. p* 3 *C.* 7. *n.* 27. *& seqq.* Ubi *n.* 32. formam talis citationis refert.

C A P. X I.

Quæ sit pœna adversus omnes qui sui potestatem non faciunt, neque defenduntur; & qui sint in hac caussa: tum ad titulum, quibus ex caussis in possessionem eatur,

Rerum nexus; pœnæ necessitas; opportunus tractationis locus. I.
Pœna illorum, qui nec sui potestatem faciunt, nec defenduntur, missio est in possessionem suorum bonorum. II.
Auctoris propositum, & methodus. III.
Exponitur edictum, quo in possessionem bonorum mittuntur a prætore creditores, servandæ rei caussa. IV. & seqq.
Quid significent illa prætoris verba: Si neque potestatem sui faciet, neque defendetur. V. & seqq.
Aliquem non defendi ex eo facile æstimari, quicunque iure ipso defenditur; aut facto suo, vel alieno. VI.
Iure ipso *quis defendatur. Conciliatio Veterum Iurisconsultorum.* VII. VIII.
Item quis facto suo, vel alieno. *Qualis iusta sui defensio a se habita vel ab altero; quæ non sit talis.* X. XI.
Exponuntur edicti illa verba: in bona eius. *Error veterum Interpretum notatur.* XII.
Quod ex hac parte discrimen inter actionem, quæ in rem, *& eam quæ* in personam; *& inter ius civile ac canonicum.* XIII.
Omnes qui non defenduntur, etiam pupillos, & furiosos bonorum possessionem pati. XIV.
Exceptio. XV.
Quid si cui debitori defuncto nondum heres extitit, aut non is qui sit idoneus defensor. XVI.
Creditores in possessionem missos ex eo tempore cogi decedere, quo defendetur is, de cuius bonis agitur. XVII.
Quare prætor in edicto habuit de pubere præcipuam Clausulam. XVIII.
Quæ restituenda creditoribus, & permittenda, antequam iubeantur e possessione decedere. XIX.

I. SEd neque hæc pœna, neque prior illa quæ nascitur ex promissione deserta satis est, ut actori consulatur adversus eum qui in ius non venit; si non aliter quam lite contestata ac proinde non nisi reo in ius veniente iudicari potest; ut iure Romano non posse iam diximus, & pro explicato habendum est. Multa enim possunt incidere, cur [1] non possit reus in ius vocari; vel quia defunctus sit debitor, nec quisquam ei sit heres; vel quia frustra conveniatur, ut furiosus: vel quia latitet, aut ita absit, ut non sit eius conveniendi copia: potest etiam incidere tempus, cum vocatus fuerit, & satis dederit etiam iudicio sistendi caussa: neque ab eo, neque ab alio quovis quidquam eo nomine possit extorqueri. Quid enim si is absit, ut non magis de pœna promissa cum eo agi possit, quam de re principali? Fideiussores autem aut nulli sunt, aut non sunt solvendo? Itaque hoc restabat, ut si in omnem eventum actori consultum volumus, constitueretur ea via, qua etiam iudicio non constituto uti liceret, ad ius suum consequendum adversus omnes, qui sui potestatem non facerent, neque defenderentur: sive hi in rerum natura non essent, sive essent & latitarent, sive in ius essent vocati, sive non esseut, ne quando hi possent impune creditores deludere, & actionem frustrari. Quæ & constituta est. De qua iam aggrediar dicere. Cum enim ad frustrationem eorum retunden-

1) Non tamen hic sine omni citatione ad immissionem venitur. Quin perquiritur reus, & si reperiri nequeat ad domum vel per edictum citatur, &c. vid. *not. supra C.* 2. *N.* 5. 6. *&c.* Et furiosi curator citandus, ut *d. C.* 2. *N.* 21. *in fin.*

2) Et remedium quidem hoc coercendæ contumaciæ, non subsidiarium aut regulariter prohibitum, sed ordinarium ac permissum, ut Gœd. *ad Rub. extr. de sequest. n.* 21. *&* C. 1. *n.* 109. Ubi fuse ac solide hoc contra Claudium adstruit *n.* 111. Nam etsi extraordinarium certo sensu dici possit, nimirum quia non iure actionis, sed mero Prætoris officio expeditur, nec olim quoque certa & solemni formula impetranda missio. Ordinarium tamen eatenus recte usurpatur, quatenus certa iuris parte, edicto nimirum perpetuo propositum, verbis promissionem & ius regulare arguentibus *Tit. D. Quib. ex caus. in poss. & extr. de eo qui mitt. in poss.* Nec subsidiarium censeri potest, quod una cum aliis remediis quandoque competit, electione data actori, ut *L.* 8. *C. Quom. & quand. index*, nec si esset, ideo regulariter vetitum propterea censendum. Caussæ denique beneficii, ut *h. C. N.* 16. specialiter exceptæ, regulam contrariam arguunt. Nec concinna ratio Claudii. Ex contumaciæ solum caussa missio conceditur, non igitur ordinario iure. Nam immo quæcunque sint remedia iure prodita, suas certas, eodem iure constitutas caussas habent, ex quibus solis oriuntur, & extra quas non competunt.

dendam, qui in ius vocati aut requisiti, ut vocarentur, potestatem sui non faciunt: tum ad consulendum actori, qui iudicio experiri non potest, sit comparata; omnino aut nullus, aut profecto unius hic idoneus locus est, in quo de ea dicatur; tametsi in Pandectis, & Codice post titulos de Re iudicata, de ea tractatum est.

II. Est igitur hæc via, cum adversus frustrationes, tum adversus absentes omnes, & qui nusquam sunt, constituta: Si is, cum quo actio est potestatem sui non faciat, neque defendatur, mittitur adversarius in [3] possessionem locorum eius, ut si res exigat; etiam distrahantur; id quidem olim simpliciter, & abscise absque [4] ulla citatione alia. Hodie vero; qui vadimonium deserunt, & promissionem iudicio sistendi caussa factam, ita citandi sunt, ut ii qui post litem contestatam per contumaciam absunt, tribus scilicet edictis, vel uno peremptorio. *Novel* 69. & 112. idque iure est pontificio confirmatum *C.* 1. *extr. de dilat. C. ult. ut lit non contest.* Illa differentia est, quod lite contestata agitur caussa & ad sententiam definitivam proceditur, ut postea explicabitur; lite non contestata, agi caussa non potest, sed adversarius, si quidem actor per contumaciam absit, a iudicii observatione absolvitur, *d. Nov.* 53. *C.* 1. Sin reus absit, actor, ut dixi, in bonorum possessionem mittitur. Ulpianus in *L. item*, *§. ceterum*, D. ex quibus cauf. mai. *Ceterum si non exsistebat defensor, æquissimum erit subveniri, eo potius, quod qui non defenduntur, si quidem latitent, prætor pollicetur, ex edicto in bona eorum mittere: ut si res exegerit, etiam distrahantur. Si vero non latitent, licet non defendantur, in bona eorum mitti.* Paulus in *L. satisque*, D. de in ius vocand. *satisque pœna*

[3]) Ergo ne & sine caussæ cognitione? Hoc enim consequens per not. *supra Cap.* 2. *N.* 2. Proinde & sine decreto (quia decretum in rebus quæ altera solum parte præsente, nec citato adversario expediuntur, non dicitur, de quo A. Fab. 10. *Err, Prag.* 6.) Ita sane Cuiac. 10. *Obs.* 13. decreto Prætoris non indigere creditores, (quia hoc omne ex ordine & edicto postulatur,) sed iussu eius ac permissu. Permitti autem non simpliciter possideri, sed ex edicto. Et hanc missionem sine caussæ cognitione fieri, A. Fab. *d. Err.* 6. *pag.* 323. & Schifordegher. *Lib.* 2. *ad* A. Fab *Tr.* 7. *Q.* 3. Contra Sc. Gentil. 1. *de Iurisd.* 24. decernere hic Prætorem, ideoque caussa cognita. Qui idem cum DD. vulgo duo decreta agnoscit. Et summatim hic examinari negotium probent vulgo ex *Nov.* 53. *C.* 4. *§.* 1. Ac facit *L.* 9. *C. de bon. auct. iud.* ibi: si & debitore tuum esse constat. Quin & vocatur decretum, *L.* 3. *pr. Ne vis fiat ei.* Verum *d. C.* 4. *§.* 1. & *d. L.* 9. de missione, quæ fit contra latitantes, & ita ex alia edicti parte, *L.* 7. *§.* 1. *Quib. ex cauf. in poss.* quæ vulgo ex 1. decreto dicitur, loquuntur. Et decretum sane strictiori acceptione non dicitur sine cognitione caussæ Latiori autem quicquid Prætor ius dicens pronunciet, vid. Ræv. *Proerib.* C. 8. At si qua hic cognitio, ea est de contumacia, Coraf. *in L.* 55. *§. Iulianus* 16. *de dam. infect. Summ.* 1. & 2. *Decreti n.* 6. & *n.* 13 non de meritis caussæ. Pœna enim hæc est contumacis. Contumax autem esse potest, etsi iustam caussam foveat, *L.* 73. *pr. de iudic.* Quare hic si reus die constituto se non sistat, eius contumaciam actor accusabit, de qua ubi Iudici constiterit in bona iri iubet Prætor, etsi de iure actori non satis appareat; tum per verba edicti, *L.* 2. *pr. d. titul.* tum per *L. pen §. pen.* ibi: *ea tantum occasione*, &c. *Codic. de præsc.* 30. *ann.* Ac etsi missio hæc ex edicto postulanda, non tamen iure actionis, sed mero (seu ut vulgo nobili) ius dicentis officio, Coraf. *d. n.* 13. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 109. *p.* 161. & *n.* 111. *p.* 169. Et potest hæc petitio voce fieri, nec oportet libellum in scriptis porrigi, vid. Iac. Schult. *Obs. forensi* 3. *n.* 108. & *n. seqq* & quos citat ac in simili Zuchart. *de Miss. in poss. ex L. fin. C. de edict. D. Adr. toll. n.* 91. & *n.* 281. & *seq.* Quis vero Iudex immittat, & an delegatus quoque alius quam Principis, vid. Zuchart. *d. loc. n.* 164. & *seqq.* Gœd. *d. C.* 1. *n.* 69. & *seqq.* & cuius imperii sit ita mittere, Vaud. 2. *Q.* 35. Confer. *supra Lib.* 17. *C.* 8. *N.* 17. Quid si bona in alio territorio? Zuchart. *d. loc n.* 276. & *seqq.* Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. Iure Saxonico missionem ex primo decreto non agnosci notat Coler. *de Process executiv. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 12 & *P.* 3. *Cap.* 10. *n.* 5. *ac Decis.* 134. *n.* 12. Quippe eo iure contumacia litis damno coercetur. Emissis namque tribus edictis citatoriis per intervalla 14. dierum, unove peremptorio (vid. *N. seq.*) sui copiam non faciens condemnatur, actore id petente & contumaciæ pœnam urgente, (absque hoc enim secus, vid. *supra C.* 10. *N.* 4.) in caussa, sub conditione ea, ni legitimas absentiæ caussas docuerit, *biß auff Ehehafft und beilliche Widerrede.* Quæ quomodo & intra quod tempus probandæ, vid Coler. *d. C.* 2. *n.* 38. & *seqq* Ni probaverit, iudicatus reus, *dan er nunmehr biß auff die Hulffe erstanden*, & condemnatur ad omnia petita, nec aliter contra eum exsecutio instituitur captione pignorum, & translatione possessionis in actione in rem, quam si legitime iudicio convictus & caussa, eiusque meritis cognitis, iudicatum esset, Coler. *d. C* 2. *n.* 29. & *d. C.* 10. *n* 5. Et missus itaque in possessionem vere statim possidet, fructusque percipit, eosdem tamen in sortem imputat, donec credito satisfactum. Quod si urgeat solutionem post lapsum 6. septimanarum ad distractionem rei, in quam missus est creditor, venitur, vid. Coler. *Decis.* 134. *n.* 10. & *seqq* Quæ autem forma subhastationum in foro Saxonico quis effectus, &c. vid. *Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. item *Const. Augusti Elect. post convent. Torgens. Anno* 1583. *edita* & *Interpr. iuris Sax* citati *infra C.* 13. *N.* 1.

[4] Fac *L.* 8. *C. Quom & quand. iud. L.* 6 *§.* 4. verbis: post edictorum solemnium citationem, *Cod. de his qui ad Eccles. confug.* ex qua Hier. Schurf, *Cent.* 1. *Cons.* 9. *n.* 7. contendit etiam in missione ex 1. decreto necessariam esse citationem. Attamen in eadem Peremptoriam non requiri, cum sit modici præiudicii, nullum possessionis vel dominii in ius transferens, firmat Coraf *in L.* 15. *§. Iulianus* 16. *de dam. infect. Summ. Tract.* 1. & 2. *decreti n.* 9 Confer. Gœd. *de Sequestr. C.* 1 *n.* 74 Parlador. 2 *Rer. Quotid* 6. Iure Saxonico etsi contumacia inducatur, tres citationes ut præcesserint, requiri videatur, tum per textus *Lib* 3. *art. art.* 39 verf. *Also thut man auch zum andern und dritten mal*, &c. & *Lib.* 1. *art.* 41. & 67. tum ex communi doctrina, quod ubi contumax pro confesso habetur una pro tribus peremptoria non sufficiat; attamen usu forensi contra obtinere, modo unum edictum tantam dilationem, quantam tres alias, citationes tribuat citato, post Hartman. Pistor. *P.* 1. *Q.* 5. *n* 9 testatur Coler. *Process. P* 1. *Cap.* 2. *n.* 14. Quia nec absolute hic pro confesso, sed quatenus legitimum impedimentum non probaverit. Confer Moller. *ad Nov Elect. Sax.* 3 *Parte* 5. *n.* 58. & *seqq* De peremptoria citatione & quando una sufficiat, quando aliæ præcedere debeant, deque eius viribus in genere, consule Matthesilan. *Sing.* 130. & *n. seqq.* (ubi Gabr. Sarayna *in annot.* & *ad L.* 2. *Cod. Quomodo & quand. iudex* Sichard. *ad L* 3. & *seqq.* maxime ad *L.* 8. *Cod eod.* Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 59. Wurmser. *Tit.* 6. *Observat.* 1. & *seqq* Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic Cap.* 17. Scaccia 1. *de iudic* 91 *n.* 21. & *seqq* Rosbach. *Process. Tit.* 25 *n* 37. & *seqq.* & *n.* 99 & *seqq.* Quod ubi de privatione iuris agitur, una pro tribus non sufficit, Scaccia *d. loc. n* 25. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 2. 1, 2. item ubi de privilegii amissione, maxime in Scholasticis, Rebuff. *Privil schol.* 140 Quibus item aliis modis præter ante citatos Blarer *in L. Diffamari C.* 6. *n.* 44. & *seqq.* Cæs. Contard. *ibid. C.* 4. *n.* 31.

Digitized by Google

pœnæ subire eum, si non defendatur, & latitet. Certum est enim, quod mittitur adversarius in possessionem eius.

III. Quod quia pluribus verbis indiget, & argumentum est illorum Titulorum qui sunt in Pandectis; *Quibus ex caussis in possessionem eatur*, item *De rebus auctor. iudic. possid.* & sequentium: dicam de eo quod res postulat; persecutus singulatim eorum titulorum sententiam & ordinem: ut si non omnia fortasse, quæ in his sunt, subtilius & minutius exsequar: nihil tamen desit, quod sit satis ad intelligendum id, quod est in persecutione iuris nostri adversus indefensos, & sententiam eorum titulorum plane cognoscendam.

IV. Quorum in bona mittantur creditores rei servandæ caussa (sic enim in *L.* 1. & *L.* 3. *quib. ex caus. in pos. eat.* & passim sub his titulis & alibi appellatur ea possessio qua creditoribus cavetur ad rem, de qua agitur, illis servandam. *L.* 5. §. *si plures*, & seq. *D. ut in pos. leg.*) quorum, inquam, in bona hac gratia mittantur creditores, complexus est edicto prætor his 5 verbis, ut quidem refertur edictum in *L.* 2. *D.* quib. ex caus. in pos. eat. *In bona eius, qui iudicio sistendi caussa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur, ire iubebo.* Ait, *eius qui iudicio sistendi caussa fideiussorem dedit*. An quod non alterius bona iubentur possideri quam qui istius rei nomine dedit fideiussorem? At innumeros esse postea constabit, in quorum bona mittantur creditores: quanvis illi, de quorum bonis agitur, nihil istius caverint: imo quanvis ne vocati quidem fuerint in ius, atque adeo quanvis pupilli sint, aut furiosi. Et ne abeamus longius, modo retulimus Ulpiani, & Pauli verba, in quibus ille scribit generaliter in bona eius mitti, qui non defendatur: hic autem diserte dicit eum qui latitet, & faciat, ne possit in ius vocari, hanc pœnam subire, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Quid ergo sibi vult illa adiectio in edicto? Et dicendum est, si nihil desit edicto, ideo prætorem de eo, qui cavit iudicio sistendi caussa, & non tantum de eo, qui cavit, sed qui etiam fideiussorem dedit: nominatim edixisse, quod potuerit maxime de eo dubitari: Ut si in huius bona mittit prætor, de quo præcipua dubitatio esse potuit, intelligetur eadem opera prætorem in aliorum, qui non defenduntur, nec fideiussorem dederunt, bona multo magis missurum. Etenim magis cautum est creditoribus ab eo, qui promisit, se iudicio sisturum, & fideiussorem dedit; quam ab eo qui nihil satis dedit: illi enim fideiussorem convenire possunt, & rem ab eo servare, ut maxime non possint a principali debitore; quod si his nihil obstat hæc cautio, quo minus impetrent missionem in bonorum possessionem rei suæ servandæ caussa: multo citius id impetrare debebunt, qui ad rem suam servandam nihil cautum habent. Sed dixerim potius locum a compositoribus Pandectarum 6 ab aliis imperitis detruncatum nobis traditum esse; cum Ulpianus eo loco, quem supra retuli, scribat, si quis non defendatur in bona eius mitti, & addit prætorem id polliceri edicto. Et sane nihil fuit facilius, quam particulam etiam demi ex edicto ab his, qui vim eius in principio orationis non perciperent, quæ addita rem omnem expedit: ut verba ista fuerint;

5) Edicti de possessione hac bonorum complura capita, seu partes diversæ, ut *d. L.* 2. *pr. L.* 5. §. 2. *L.* 6. §. 1. *L.* 7. §. 1. *h. t. L.* 9. *pr. L.* 25. *de reb. auct. iud.* vid. P. Fab. *ad d. L.* 148. *de R. I. initio*.

6) Dicendum potius cum plures edicti partes fuerint, eas integras nobis non superesse, quam quod una vocula huic parti detracta sit. Ita vero puto. Pars illa edicti, quæ *d. L.* 2. *pr.* ad eos solum pertinet, qui vadimonium deseruerunt. Alia deinde pars seu clausula nominatim de caussa pupilli non defensa cavit, cuius verba plane nobis desunt. Fuisse eam liquet, tum ex *L.* 3. §. 2. *d. t.* verbis: *ut edicto locus sit*, non dicit menti & sententiæ edicti de alio loquuti, & ad pupillum extensi, qui enim extendi potuisset: Tum maxime ex *L.* 5. §. 2. *d. t.* ubi verba edicti: Si *is* pupillus *eave* pupilla, &c. arguunt, & in præcedd. mentionem horum a Prætore factam esse. Subditur alia clausula *L.* 6. §. 1. quæ bona venire permittit, (quam pertinere arbitror ad clausulam primam, quæ *L.* 2. *pr.*) excipiens pupillum & Reip. caussa absentem. Illa autem clausula, quæ *L.* 7. §. 1. refertur, ad eos potissimum pertinet, qui iudicio sisti non caverunt: quippe nec unquam reperti. Fac. *d. L.* 7. §. 13. ibi: occursum creditoris evitet & *d. L.* 7. §. *pen.* ibi: a quo petere velim. Cæterum cum de furioso nulla pars edicti loquuta sit, inde quæstio mota *d. L.* 7. §. 10. *&* 2. *seqq.* Et dicitur *nominatim d.* §. 10. quia edicto generali non comprehenditur. Sic itaque sus fuisse reor. Aut qui non defenditur, prius satisdedit iudicio sisti: & primo fit missio in eius bona, sive latitet sive non, si fraudationis caussa absit ex prima clausula edicti, *L.* 2. *pr.* & §. *seqq. d. t.* Si dein abesse perseveret, eius bona veniunt ex ea clausula, quæ *L.* 6. §. 1. *h. t.* etsi non turpiter se occultet (1) quia verba *d.* §. 1. indefinita, *cuius bona possessa*. Ergo iunct. *L.* 2. *&* §. 2. *h. t.* (2) quia nominatim excepti pupillus & absens Reipublicæ caussa. Exceptio autem in uno probat regulam contrariam in aliis. Quid enim hi peculiare haberent, si nullius nisi latitantis bona venire possent. Non tribueretur quidquam favori eius, qui pro commodo Reip. laborat, si idem haberet alia quacunque probabili, immo & voluntaria caussa, modo citra dolosum frustrandi animum absens, (3) quia & minor non defensus quandoque bonorum venditionem patitur, licet non latitet, *L.* 5. *de reb. auct. iud. pos.* (4) quia ratio certa hoc idem efficit, de quo mox. Aut non satisdedit. Et hic alia edicti clausola de pupillo, cuius verba priora non habemus, posteriora autem referuntur in *L.* 5. §. 2. *h. t.* Eaque distinctio est, ut *infra C.* 13. *n.* 6. *N.* 5. alia de quovis alio, cuius itidem pars solum prior refertur, *L.* 7. §. 1. *d. t.* & constat iunct. *L.* 21. §. *pen.* *Quib. ex caus. mai.* Hic igitur vel fraudationis caussa latitat, & si non defendatur, eius bona possideri vendique Prætor iubet. Huc usque verba edicti relata, *d. L.* 7. §. 1. vel non latitat, & si non defendatur, in bona tantum mittitur

fuerint: *In bona eius etiam qui iudicio sistendi caussa fideiussorem dedit*, & quæ sequuntur. Hoc, *etiam*, valet non tantum in cæterorum bona qui nihil eaverunt, creditoribus suis prætorem missurum (quo nihil æquius) sed etiam in eius qui eavit ereditori, & eavit fideiussore dato: quanvis prima fronte id videri potuerit supervacuum. in quo tamen nihil habeo præter coniecturam. Utcumque est, sive edictum generaliter conceptum fuit de omni qui non defendatur, ut fuisse Ulpianus significat, res absoluta est: sive ita ut nunc exstat in *d. L.* 2. & supra retulimus, hoc tenebimus, id ita, ut diximus, & Ulpianus testatur, intelligi oportere.

V. Ait prætor, *si neque potestatem sui faciet neque defendetur*. Is potestatem sui non facit, non tantum, qui frustrandi creditoris caussa latitat, & consulto id agit, ne sit secum experiundi copia: sed etiam, qui sine consilio frustrandi abest, aut nusquam est, ita, ut non queat in ius vocari. *L.* 2. *§. potestatem*, *D. quib. ex caus. in pos. eat.*

VI. Quis non defendatur, ita intelligemus, si cognoverimus, quis defendatur. Is enim intelligitur non defendi, in quo nihil est rerum, quibus continetur iusta, & legitima defensio. Defenditur quisque aut iure ipso, aut facto vel suo, vel alieno.

VII. Iure defendi intelligitur, quisquis est in ea caussa, ut quanvis præsens non possit inveniri: qui si iudicium accepisset, absolvi deberet; qualis est, qui debet in diem aut sub conditione, aut qui tenetur quidem pure: sed ea actione, quæ per exceptionem repellatur. Itaque huiusmodi debitorum bona negat Papinianus 7 possideri posse rei servandæ caussa in *L. eo tempore*, *D. de pecul.* negat Paulus in *L. penult.* in fin. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* & Ulpianus istorum omnium negat bona, ex edicto vænire posse in *L. Fulcinius*, *§. si in diem*, *D. eod.* quod idem valet. Is enim creditor mittitur in possessionem, qui & potest bona ex edicto vendere. *d. L. pen. eod.* Hoc est, quod dicitur in *L.* 2. *§ defendi*, D eod. *defendi videri, qui per absentiam suam in nullo deteriorem caussam adversarii facit*. Solus enim in nullo facit caussam deteriorem adversarii, qui etsi præsens esset, conveniri iure non posset. Quæ omnia non alia ex re dicuntur, quam quod qui in hac caussa est, ut conveniri non possit, satis iure ipso defendi intelligatur. Nam alioqui ad edictum pertineret. Et sane is recte dicitur iure defendi, quem ius tuetur ita, ut non egeat alia defensione. Non eget autem is a quo nulla esse potest petitio.

VIII. In quo tamen veterum sententiæ, quæ de supra scriptis exemplis exstant in libris nostris, convenire non videntur. Scribit Paulus in *d. L. penul eod.* creditorem conditionalem in possessionem bonorum non mitti. Item in *L. 6.* in prin. *D. eod.* veiut a se ipso diffidens, scribit in possessionem mitti solere creditores, etsi sub conditione eis pecunia promissa sit. Respondit Papinianus, si pater, qui actione de peculio conveniri poterat, lateret tunc, cum in peculio nihil est, creditorem in bonorum possessionem eius mitti non posse: quia non teneatur. *L. eo tempore*, *D. de pecul.* Ulpianus contra in *L. Fulcinius*, *§. si qui actione*, *D quibus ex causs. in poss. eat.* diserte scribit, hoc iure nos uti, ut huius patris, de quo modo dixi, bona possideri & vænire possint: quanvis nihil sit in peculio. De quibus sententiis hoc habeo quod dicam: Utrumque verum esse creditorem conditionalem in possessionem non mitti: & eundem in possessionem mitti solere, sed diverso sensu. Creditor conditionalis in possessionem non mittitur, si suo iure, & solus id fieri postulet. Nam qui non potest agere adversus conditionalem debitorem etiam præsentem, quomodo dicet, absentem non defendi, quem ita ius tuetur? At si alii creditores in possessionem absentis missi sint, nulla

titur. His aut similibus supplenda verba edicti, quæ deficiunt, ex *d. L.* 21. *§. pen.* Neque enim quod ibi dicitur de non latitantibus, ad eos quoque pertinet, qui ante satisdederunt, tum quia ibi tractatur de restitutione contra actionem amissam, cuius dies exiit absente adversario, qui nimirum nec initio conveniri aut in ios vocari potuit, tum quia *d. L. 6. §* 1. *Quib. ex caus. in poss* refragatur, ut ostensum. Denique certa ratio hæc discriminat. Qui antea iudicio sisti cavit, vadimonium deserens, vere contumax, merito hanc pœnam distractionis patitur. Etsi namque possit esse ut non latitet, *L.* 2. *§* 2. *d. t.* quid enim si putavit non defore, qui se absente caussam suam susceptur) tamen est, quod et imputetur, quo absit. quodque fidem promissionis de sistendo non præstet. Ac licet forte Procuratorem, dum abiret, reliquerit, satis instructum, si is postea fidem mandati deferat, hoc non nocere adversario æquum est, sed ei ipsi qui reliquit, quique eius fidem secutus, &c. Contra qui initio abfuit sine dolo & fraudandi animo, ut nec vocari in ius ipse personaliter potuerit, & proinde iudicio sisti non satisdedit, ei tantum imputari nequit. Nam divinare nec potuit nec debuit fore aliquem, a quo conveniretur. Quid enim si caussa actionis ipsi ignota? &c Quare hic ad distractionem, quæ & noxia sæpissime debitori, rebus viliori pretio venditis, & ignominiosa, non pervenitur, nisi ex caussa & eo modo, ut *L.* 7. *§* 10 *&* 2. *seqq d. t.* Atque hæc ita iuri nostro convenire censeo. A quibus Interpretum doctrinæ in proposito nimium quantum discrepant

7: Non igitur placet, quod Gœd *ad L.* 10. *de V S.* vult creditores *d. L.* 10. statui etiam, quibus in diem vel sub conditione debetur ad hunc missionis effectum.

nulla est iniuria, nullum incommodum absentis in hac possessione etiam conditionali creditori locum dari cum aliis. Impetrabit igitur, si postulet: sed ut existente conditione res illi proficiat ad pignus contrahendum. Itaque dicitur hic absolute non mitti in possessionem: quia neque semper mittitur neque mittitur unquam in iustam possessionem & talem, qualem veri creditores, qui in bona missi sunt, ex edicto consequuntur. Idem [8] tamen dicitur mitti: quia mittitur aliquando, sed ita ut si quando mittatur, ea possessio dicatur per abusionem, non vere. Hi quidem quibus quid sub conditione legatum est, in possessionem bonorum hereditariorum mittuntur, si his heres non satisdet legatorum nomine. *L. penul. D. quib. ex cauf. in pos. eat.* Sed hæc caussa est, quod his quoque iubetur heres [9] satisdare: ut si edicto non pareat, iure afficiatur hac pœna, ut bonorum possessionem patiatur. Non eadem caussa est conditionalis creditoris cui nihil præstari debet ante, quam conditio exstiterit. Quod autem attinet ad sententias supra scriptas Papiniani & Ulpiani, de eo qui conveniebatur actione de peculio, puto & inter has bene convenire. Interest enim, an tunc cum agitur, & in peculio nihil est, constet in peculio nihil esse, an de eo ambigatur. Si constet nihil esse, vera est Papiniani sententia, patrem conveniri non posse, seu patrem absolvi debere: itaque hoc casu bona eius non possidebuntur. De quo sensisse Papinianum non dubito. Neque enim diceret, patrem absolvi debere, nisi in peculio nihil esse iudicii constaret. Quod si ambigatur de eo, ut quia dicatur nihil esse in peculio, creditor autem contra intendat esse: sine dubio creditor audietur tenebitque intentio, ut idem Ulpianus docet in *L. quæsitum, D. de pec.* Quod si tenetur pater actione, consequens [10] est, recte dici bona quoque eius hoc casu possideri posse.

IX. Facto vel suo vel alieno defenditur is, qui habet aliquem, qui ipsius nomine iudicium suscipere paratus sit, ubi, & cum oportet: dum suscipiat recte, & boni viri arbitratu. Et quidem quod ad verbum defensionis attinet, non est defensio, nisi ubi quis iudicio defenditur: quoniam & iudicio cum eo agitur: nec defenditur quisquam iudicio, nisi ubi cum defensore iudicium est, idest, lis contestata, ut proinde non defendat nisi qui iudicium accipit. *L. recte. D. de iudic.* sed iudicium suscipi non est satis. Exigimus, ut iusta sit defensio, & quod diximus, ut quis recte & boni viri arbitratu defendatur. Etsi enim in hoc edicto nihil adiicitur de defensione, qualis esse debeat: tamen in omni defensione hoc tenendum est, quod Paulus definit in *L. pen. D. de procur.* omnem qui defenditur, boni viri arbitratu defendendum esse. Itaque alia parte huius edicti hæc verba adiecta sunt. Sic enim refertur in *L. 5. §. prætor*, quib. ex cauf. in pos. *Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit, & recte defendetur, eos qui bona possident possessione decedere iubebo.* Est absurdum denegare aliquid pupillo, quia non recte defendatur, tribuere autem maioribus, quod defendantur quanvis non recte: pro quo verbo in alia clausula eiusdem edicti dicitur, *Boni viri arbitratu*. Sic enim est in *L. Fulcinius*, in pr. *D. eod. Qui fraudationis caussa latita-*

8) Dura hæc conciliatio: Aliter Cuiac. 10. *Obs.* 32. Vital. 2. *Var. Lect.* 34. *n.* 1. mitti quidem *d. L.* 6. sed ut pignoris exsecutionem non habeat aut venditionem peragere possit. Mitti, si initium spectes, non si effectum. Conveniunt Pac. 7. *Enant. Q.* 33. Gœd. *ad L.* 12. *pr. de V. S. n.* 33. exaudientes *d. L.* 6. de missione ex (1) decreto rei custodiendæ & servandæ caussa *d. L. pen.* ex secundo decreto, quo vera possessio tribuitur, & ut bona crediti nomine vendantur. Nec male hi duo, nisi quod duo decreta falso agnoscunt, vid. *infra C.* 13. *N.* 3. Potius inter partes edicti diversas distinguendum ut post Pithæ. P. Fab. *ad L.* 148. *d. R. I.* Mittuntur ex parte ea edicti quæ *L.* 2. expressa, non autem ex ea quæ *L.* 7. § 1 *eod.* ex qua & venditio conceditur. Et hæc solutio firmissima ea ipsa serie LL. collocatarum desumpta. Licet priori missioni forsan non locus in conditionali debito, nisi cum ex iusta caussa agitur ad interponendam cautionem ante conditionis eventum, per *L.* 2. §. *in omnibus pen. D. de ind.* ut P. Vander. *de Priv. cred. C.* 16. add. Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 305. Illud minus placet, quod Gœd. *ad d. L.* 12. *pr. n.* 11. & 2. *seqq.* alia conciliatione usus accipit *d. L. pen.* de conditione incerti ac dubii eventus, *d. L.* 6. vero ubi certo eventura. Illic incertitudini vim esse ferme perpetuæ exceptionis. Hic autem, uti & cum in diem debetur, licet obiici possit exceptio plus petitionis, ea tamen, ait, non perpetua, sed quasi momentanea & prorsus dilatoria, suspendens solum actionem, donec dies adsit aut conditio: Ac etsi quod sub conditione debetur non in obligatione: quia tamen spes est brevi debitum iri, pro eo haberi, sicuti quæ proxime fieri debent, pro factis habentur, ita Gœd. Male. (2) Quia non est vera conditio, cuius eventus indubius, vid. *supra Lib.* 8. *C.* 31. *n.* 7. & *Lib.* 15. *C.* 13. *n.* 2. & *N.* 4 Ipse IC. *in L.* 7. §. 14. *h. t.* in materia nostra non referre scribit debitor non sit, an nondum conveniri possit. Contra quem quid efficiat arg. Gœddei ex Brocard. Cingendum pro cincto, &c. eoque ipso latius quam convenit accepto. Neque enim quæcunque certo, eadem cito eventura conditio, e. g. si moriar. (3) Falsum quod ante diem vel conditionem petens exceptione solum repellatur. Immo actio iure ipso non tenet. vid. *supra Lib.* 15. *C.* 8. *N.* 4. (4) Connexio *d. L. pen.* §. *ult. cum* §. 1. *prac.* & vis voculæ *autem* arguunt, uti de legati conditione *d.* §. 1. tractatur, quæ deficere potest, ita & *d.* §. *ult.* de pari conditione debiti: alias non constat oppositio.

9) Convenit Cuiac. 10. *Obs.* 32. quia legatario cautio debetur exemplo iudiciorum bonæ fidei.

10) Convenit Pac. 4. *Enant. Q.* 63. exaudiens *d. L.* 30. *pr.* ubi nec aliquid esse potest in peculio, quia filius vel servus mortuus aut manumissus. Ast *d. L.* 7. §. 15. aperte loquitur, ubi nihil quidem in eo est, ast esse potest, Nam: etsi cum agitur nihil insit, tamen medio tempore & ante sententiam acquiri potest.

latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur.

X. Recta, & iusta defensio alia est in eo, qui a se defenditur, alia in eo, qui defenditur ab alio. Qui se ipsum defendit, quodque iudicium suscipere paratus est, etiam si nihil satisdet, si tamen is sit, qui possit iudicio obligari. Nam si exempli caussa de re ad pupillum pertinente agatur, non videbitur pupillus defendi, si ipse se liti offerat. Hoc exigimus, ut ab alio defendatur. *L.* 5. in prin. & *§. ult. D. eod.* Si quis autem defenditur ab alio, sic videtur recte defendi, si & defensor sit idoneus, & satisdet, se iudicatum soluturum. Hæc enim duo sunt in iusta defensione, quæ suscipiatur alterius nomine. *d. L.* 5. *§. recte, D. eod. L. recte, D. de iudic.* De qua mihi constitutus est ad dicendum locus huius quæstionis proprius sub titulo de procuratoribus, & defensoribus, antea a me perpurgatus. Tantum hic monebo, recte & boni viri arbitratu idem valere. *d. L.* 5. *§. recte, L. servum, §. ait prætor*, iuncta *L. sed & eo, §. defendere*, & seq *D. de procur.*

XI. Quæ si ita sunt, iam recte ita definiemus, reum non defendi, proindeque eius bona ex edicto possideri posse, quoties eo ita obligato, ut præsens posset conveniri, nemo exsistat, qui eius convenienti nomine iudicium paratus sit suscipere: aut si quis exstitit, non est idoneus defensor: aut si est idoneus, non defendit oblata satisdatione, si alieno nomine convenitur. Sed neminem exstitisse defensorem, constare debet. Id tum intelligetur, cum requisitis ab actore propinquis, aut amicis rei, & iis omnino, quos probabile sit defensioni absentis non defuturos, nemo exsistet, qui se defensioni eius offerat. Itaque prius istos [11] interpellari oportet, idque testatione complecti, ut ita magistratui fides fieri possit eum, de quo quæritur, non defendi. Hæc in *L. item §. ult. L.* seq. *L.* 5. *§.* 1. *D. quib. ex cau. in pos. eat.*

XII. Qui neque potestatem sui facit, neque defenditur, in eius bona se ire iussurum pollicetur prætor. *In eius bona*, inquam, nempe [12] omnia, Iustinianus constituit ut mitterentur creditores in possessionem bonorum pro modo & quantitate debiti. *Nov.* 53. *§. si vero*, Male enim vulgo [13] interpretes hæc verba accipiunt, quasi in partem bonorum creditores mitti Iustinianus iubeat. Iubet enim in omnia, sed ita ut quisque pro [14] modo debiti ex iis distractis pecuniam recipiat ut infra dicetur. Ex quo errore & ille alter excusus est, quod aiunt [15] ordinem servari in bonis possidendis, ut primo quidem in bonorum mobilium, de-

11) Vid. P. Fab. *ad d. L.* 147, *de R. I.* Marant. *P.* 6, *Memb.* 9. *de Cit. n* 105. *& seq.* docens hos per Proclama, seu voce Præconis publice citari debere, de quo & quod singuli non sint vocandi, plene tractat Vinc. de Franch. *Decis.* 516. Plane Petr. & Cyn. referente Corasio *in Summ.* 1. *&* 2. *decr. n.* 16. hanc citationem non nisi in minoribus *d. L.* 5. *§.* 1. & absentibus Reip. caussæ, *d. L.* 22. requiri voluerunt. Sed contra facit *L.* 5. *§.* 2. *Quod vi aut clam. L. ale. ubi pup. educ.* Unde Coras. *d. loc. n.* 17. ubi grave præiudicium vertitur, hoc requiri, nisi absens, semel antea in faciem citatus, contumax esse perseveret: Is enim latitare censetur. Si qui autem horum venerit, terminum sibi concedi recte petet, ut perquiri & admoneri interim ab eo reus possit. Menoch *Cas.* 40 *n.* 7

12) Quod iure quidem veteri satis expeditum (etsi quidam, ut *N. seq.* contra) & clare probatur *L.* 1. *D. Quib. ex caus.* Cic. *pro Quintio:* Omnino bona possessa non esse constitui: quod bonorum possessio spectetur, non in una aliqua parte, sed in universis, quæ teneri ac possideri possint, Duar. *ad h. t. D C.* 2 Scip Gent. 1. *de iurisd.* 24. *p.* 86. Casp. Schlfordeg. *Lib.* 1. *ad* A. Fab. *Tr.* 7. *Q.* 1. Et ita Cuiac. 10. *Obser.* 31. mitti in possessionem omnium mobilium, immobilium & incorporalium. Ac probat *L.* 1. *C. de prec. pig.* vid Don. *ad eum tit C. n.* 9.

13) Et ita iure novo statuunt Duar. *d C* 2. Wes. *Par. D. de dam. inf. n.* 6. *pag* 70. Scacc. 1. *de iud.* 96. *n.* 5. Amplius Coras. *ad L. si finita.* 15. *§. Iulian.* 16 *de dam. inf. in Summ.* 1. *&* 2 *decreti*, & Maran *P.* 6. *Membr.* 1. *de Contumacia. n.* 12. pro hoc ex iure antiquo allegant *L.* 9. *C. de bon. auct. iud poss.* quæ iisdem resistit tamen. Bona tamen in quæ mittitur, aliquanto plus valere quam sit creditum, volunt. Maran. *d lo. n* 14

14) Ita Cuiac. *in d. Nov.* 53 *Part.* 3. in universa bona debiti servandi caussa. Nam *d. Nov* 53 *C.* 5. dicit possessionem bonorum indefinite, bona habere, res recipi, &c. Sc. Gent. 1. *de iurisdict.* 24. verba illa *d. C* 4 *πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους*, ita debuisse verti *ad quantitatem declarati debiti* scilicet consequendam vel conservandam. Nec referenda esse ad modum & quantitatem rerum, in quas missio fit, sed ad illius finem atque effectum. Et P. Frid. *Lib.* 3. *de Certis caus. C.* 15. *n.* 3. loqui ea verba de quantitate debiti immissis per sententiam adiudicanda. Accedit Schiford. *Lib.* 1. *ad A. F Tr.* 7. *Q.* 1. Quem notat, ac Pragmaticos tuetur Rulan. *Add. ad Mar. d a.* 12. quod *d. C.* 4. verba *secundum mensuram, &c.* non ad venditionem, sed ipsam immissionem referatur. Attamen Vult. 1. *Disc. Schol.* 10. contendit Iustin *d. Nov.* 53. *C.* 4. *§.* 1. non quidem mutasse ius missionis in res universas, sed distractioni modum præfinivisse, ne si quarundam venditione satisfieri credito posset, reliqua etiam, ceu olim ius fuerit, distraherentur. Quod haud displicet. Quomodo accipietur missio *d C.* 4. *§.* 1. quam vulgo vocant ex secundo decreto, ut *infra Cap.* 13. Nam loquitur certe *d. §.* 1. de latente, itemque de missione, quæ fit examinato negocio, atque ita pleniori quadam caussæ cognitione prævia. Ergo per *not. h. C. N* 3. *& d. C.* 13. Atque hoc ante Iustinianum quoque Leo sanxit, *L.* 6. *§. sed si hoc* 4 *C. de his qui ad eccles.* verbis: *usque ad modum debiti*, bonorum eius traditio sive venditio celebretur. Quæ nisi violenta & dura interpretatione eo modo, quo Cuiac. & Don. *hic d §.* 1. interpretantur, accipi nequeunt, licet ita Sc. Gent. *d. C.* 24. Nec obstat quod ibidem dicitur, iudiciorum solitus ordo servari. Intelligitur enim is, qui in rebus ex caussa iudicati distrahendis.

15) Scacc 1. *de iudic.* 96. *n.* 6. *& n.* 35. Coler *Decis.* 234 *n.* 7. Rulant. *de Commiss P.* 4. *Lib.* 8 *C.* 5. *n.* 4. *& seqq.* Et hoc immo iure quoque civili convenit quoad venditionem, ut iam ostensum. Male Cuiac. *in Nov* 53. *Part* 3. *sub fin.* hoc inde refellit, quia pignus prætorium in universa bona & iure constituitur, *L.* 1. *C. de Prat. pig* Nam hoc solum *d L.* 1. definit, *licere* etiam id super actionibus decernere, non vero oportere. Et summo æque Prætorium, ex sententia Donelli, quod ex caussa iudicati capitur. Plane ubi res certa, seu species actionis in personam petitur, in eam ipsam mitti notat Rul. *d. C.* 5. *n.* 8.

inde si ea reus non habeat in immobilium mittantur: nam hic ordo in bonis ex caussa iudicati captis servatur. *L. a divo Pio, D. de re iudic.* non in bonis nondum iudicati rei, ut illi putant: quos tamen *eodem* (*) *errore secutus est Pontifex* in Tit. ut *lit. non contest. C. ult.* & ibi Panorm. ex Ioannis sententia ait, si hic ordo servatus non sit, non valere quod factum est, utpote contra ordinem iudiciorum; imo hoc illi contra rationem potius.

XIII. Sane ad hanc rem differentia [16] est inter actionem in personam, & actionem in rem. In actione enim in personam sine controversia valet quod iam diximus, creditores in universa bona mitti debitoris. In actione in rem visum est Celso aliisque commodius, si in rei petitæ possessionem duntaxat petitor mitteretur. Quod Ulpianus referens, *Hoc adnotandum est*, inquit, *Celsum consultum non de latitante sed de absente*. L. Fulcinius, §. *Celsus D. quib. ex caus. in poss.* Si latitet, in omnia eius bona mittendum erit, ut proxime præcedente §. scriptum est. At iure Canonico indistincte receptum cautumque est, in actione reali ut in rerum duntaxat petitarum possessionem missio fiat. *d. C. ult.* §. *in aliis vero*.

XIV. Illud retulerit, quis sit is qui non defendatur. Itaque & pupillus, & furiosus, & omnes omnino, qui curatoribus reguntur, si non defendantur, [17] patiuntur possessionem bonorum. De pupillo est in *L.* 3. §. *contractum*, & §. *ult. D. eod.* de cæteris in *L. Fulcinius*, §. *adeo eod.*

XV. Unum genus absentium excipitur: eorum scilicet, qui absunt [18] Reipublicæ caussa sine dolo malo. *L. eum qui*, 35. *D. de reb. auc. iud. poss.*

XVI. Ne illud quidem refert, vivat debitor, an defunctus sit, si neque adhuc quisquam ei heres exstiterit, neque defendatur. Cui tamen quia non satis recte dici potest potestatem sui non facere, & quia in eo proprium aliquid servari placet, de eo alia parte huius edicti nominatim cautum est. Ac de eo ita scriptum est ex Ulpiano in *L. si diu, D. quibus ex caus.* in poss. eat. *Si diu incertum sit heres exstiturus, necne sit, caussa cognita permitti oportebit bona rei servandæ caussa possideri, & si ita res urgeat, vel conditio; bonum hoc etiam erit concedendum ut curator constituatur.* Sed hoc, quid sit & quid in caussæ cognitione versetur, tum qua parte iuris hac de re caveatur, æque incertum est ex supra scriptis verbis: quod ex verbis Pomponii intelligi potest, quæ exstant in *L. si quis instituatur*, 23. §. *ult. D. de hered. inst.* Sunt autem hæc: ***Item si conditioni heres parere non potuit, quam in sua potestate non habebat: veluti institutione collata in alterius factum, aut quendam casum, si ille puta, consul factus non erit: tunc postulantibus creditoribus constituit prætor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti a creditoribus possideri, & interim quæ urgebunt per curatores distrahi iussurum.*** Et mox: ***Et ideo ait caussæ cognitionem adiectam propter eos qui sine dilatione peregre essent vel ægritudine,*** *vel*

16) Multis item aliis modis hanc missionem in realibus actionibus ab altera differre, notant DD. quod nempe hic verus possessor fiat etiam citra secundum decretum, quod fructus percipiat, quod lapsu anni res recipi nequeat, de quibus vid. Scac. 1. *de Jud.* 96. *n.* 5. *& seqq.* & de singulis notabo *infra suis locis*, ut *h. C. N.* 19. *& C. seq. N.* 3. *&* 5. Ubi vero lis de possessione super dignitate, personatu vel beneficio ecclesiastico, ex contumacia non fit immissio, sed in caussa proceditur, aut si procedi nequeat, sequestratio fit, *C. un. de eo qui mis. in poss. rei serv. in* 6. vid. Gœd. *de Sequest. C.* 1. *n.* 108. *p.* 157. *& n.* 111. *p.* 172. *& seqq.* ubi unicum hunc casum exceptum statuit, quo missioni ob contumaciam non locus sit. Intellige præter eos, quibus natura rei petitæ hanc missionem non recipit, vid. Coras. *in L.* 15. §. *Iulian.* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *&* 2. *decreti n.* 21. In illis ipsis autem caussis beneficii admitti missionem vult idem Gœd. *de Sequest. C.* 2. *n.* 3. *&* 4. si de iis non possessionis aut titulo, sed proprietatis controversia mota, per *C.* 2. *extr. de sequest. C.* 2. *ut lit. non contest. in* 6. Et quia *d. C. un.* dicitur *super dignitate, &c. obtinendis*. Secus igitur, ait, si iam obtenta fuerint, & petitorio, ad restitutionem, agatur. Quomodo & quas in res missio fiat in iudicio divisorio, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 524. Quid si lis de servitute, vid. *L.* 18. *Si serv. vind.*

17) *L.* 5. *ul. de reb. auct. iud.* Plane Gœd. *de Sequest. C.* 1. *n.* 74. fieri hic missionem putat ex contumacia tutorum ac curatorum, contra hos magis quam ipsos pupillos, furiosos aut prodigos. Cum illi his damnum tutelæ curæve iudicio sarcire teneantur. In ipsorum vero pupillorum potius quam tutorum bona mitti creditores, tum quia illi debitores principales, tum quia ita maior pœna tutorum, quibus ob eam caussam infamia quoque metuenda. Sed hæc non conveniunt: Mitti contra alium in bona alterius. Ita vero est. In *d. L.* 3. *&c.* fit missio ex peculiari edicti parte in *d. L.* 7. §. 10. vero non patiuntur hæ personæ missionem sibi damnosam, verum bona venire conceditur (& ut vulgo secundum decretum interponitur) quia ipsi furioso, prodigo, &c. expedit, &c. Quæ plenius hic exsequi non vacat. Confer. *h. C. N.* 4. & Coras. *in L.* 13. §. *Iulianus* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *&* 2. *decreti n.* 19. *& seqq.*

18) Immo horum eadem caussa, quæ pupillorum *L.* 6. §. 1. *Quib. ex caus. in poss.* Proinde & quæ furiosorum per *L.* 7. §. 10. *eod.* Qui ubi in his absentibus eædem caussæ, quæ in illis requiruntur, & horum bona recte vendentur, non autem indefinite, arg. *L.* 7. §. 10. *d. titul.*

(*) Quæcumque ex iure Civili aut Interpretum doctrina cum hic, tum alias in ius canonicum derivavit Summus Pontifex Innocentius, inanis curæ est an illa cum Iustiniano prorsus cohæreant, an potius cum interpretum placitis conveniant, scrupulosius inquirere. Satis abundeque est, æquissima hæc esse iuris pontificii decreta & frequentissimo prudentum virorum calculo, & perpetuo iudiciorum usu comprobata.

Digitized by Google

vel valetudine ita impedirentur, ut in ius produci non possint, vel non defenderentur: ex quibus intelligitur *L.* 4. *D. de reb. auct. iud. poss.* Ubi heres quidem exstitit aliquis, sed is, quem creditores suspectum putent, ut quodammodo sit pro absente; creditores exigere possunt ab eo satisdationem pro suo debito: quam interponi iubet prætor, si constiterit prospici debere iis, qui suspectum eum postulaverint. Quod si quasi suspectus satisdare iussus decreto prætoris non obtemperaverit: tunc bona hereditatis possideri, venumque dari ex edicto suo permittere iubebit. Hæc Ulpianus in *L. si creditoris*, 31. *D. de reb. auc. iud. pos.* Ubi plenius docet, quid sit in caussæ cognitione.

XVII. Creditores in possessionem missi quam diu in possessione bonorum esse possint, videndum est. Et erunt tandiu, quoad is, de cuius bonis agitur, non defendetur: si cœperit debitor defendi, creditores [19] cedere possessione debebunt: ut quæ caussa est eius possessionis adipiscendæ, eadem sit & retinendæ. *L. si pupillus*, 33. *§. ult. D. de reb. auc. iud. pos.* Id Ulpianus in *L.* 2. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* colligit ex eis verbis edicti: *Neque defendetur: quæ*, inquit παρατατικῶς *scripta sunt*, idest, ita ut tractum habeant temporis, *ut neque sufficiat*, inquit, *unquam defendisse, si non duret defensio, neque obsit, si nunc offeratur*. Neque obsit, intellige non defendisse aliquando: si nunc offeratur, intellige, defensio.

XVIII. Illud mirum videri potest, cum huius clausulæ sententia abunde omnibus hoc debitoribus tribuatur, ut exsistente defensore creditores, qui in possessionem bonorum missi sunt, possessione decedere debeant, quid sit, quod alia clausula prætor in persona puberis nominatim hoc edixerit: si is defendetur; se eos, qui bona possident, possessione decedere iussurum. Exstat clausula in *L.* 5. *§. prætor, D. quib. ex caus. in pos.* Quid enim? an veremur ne quod beneficium omnibus generaliter, etiam maioribus tribuitur, id quisquam putet ad adolescentes non pertinere? Et sciendum est, ut nominatim prætor aliquid in hac re de pubere ediceret in caussa fuisse, quod de impubere edictum erat. Differt enim impuberis conditio a cæterorum debitorum conditione, circa possessionem bonorum. Nam cæteri sive a se, sive ab alio defendantur, non patiuntur possessionem. Pupillus autem hanc non evitat aliter, quam si defendatur ab alio, ut supra dictum est. Necesse erat hoc ius de pupillo constitutum & post pubertatem eius manere, nimirum ut si is, qui modo impubes erat, & cuius bona ideo possessa sunt, quia ab alio non defendebatur, pubes factus sit, eius bona perpetuo ita possideantur, quanvis ipse defensionem offerat: hoc, inquam, ius manere erat necesse, nisi prætor nominatim ediceret, idem se de pubere constituere, quod de cæteris debitoribus: nempe satis esse omnes defendi ut creditores decedant de possessione bonorum, ut intelligeremus satis esse eos defendi non tantum ab alio, quod ante pubertatem exigebatur: sed etiam a se. Scilicet quia iam personæ conditio mutata sit cum ætate. Qui enim pubes factus est, etiamsi in cæteris bonis curatorem constitutum non habeat: iudicio tamen agere potest, & conveniri, curatore ei in litem dato. Nam & obligari potest. Sic fit, ut dum debitor defendatur, quisquis is sit, creditores possessionem bonorum debeant omittere: dummodo hi exsistant defensores, qui si a principio extitissent, non mitterentur creditores in possessionem.

XIX. Monendi tamen sumus, non debere aliter creditores decedere possessione, quam si actio amissa intermedio tempore his restituatur, & [20] sarciatur, si quid detrimenti per absentiam debitoris datum est. Quod a Iuliano scriptum in eo, qui prohibebat vicinum aquam ducere, neque sui potestatem faciebat, ut secum agi posset, & positum in *L. is cuius*, *D. si ser. vind.* Iustinianus confirmavit generaliter in omnibus caussis in *Novel.* 53. *de exhib. reis*, *§. Si vero*, atque hoc adiecit amplius, non prius audien-

19) Quia finis huius missionis ut tædio istius detentationis contumax in iudicium veniat, Gœd. *de Sequestr.* C. 1. *n.* 75. Ergo facto eo ob cuius defectum quis missus, merito missio cessat, Moller. 2. *Semestr.* 23. *n.* 14. Et in actionibus quidem in personam usque ad 30. annos recipi possessionem posse, si nondum interpositum 2. decretum volunt. In realibus vero non nisi intra annum venerit, cautionemque obtulerit, per *L. pen. §. pen.* C. *de præscript.* 30. *annor.* vid. Coras. *in L.* 15. *§. Iulianus* 16. *de dam. infect. Summ.* 1. & 2. *decreti n.* 21. Coler. *P.* 1. *Process.* C. 2. *n.* 51. Scaccia 1. *de Iudic.* 96. *n.* 8. Wurmf. *Tit.* 7. *Obs.* 7. *n.* 2. & 3. Quia elapso anno in realibus, perpetuus possessor effectus, ut not. *C. seq. N.* 5. Excipitur. Nisi a iudice terminus præfinitus reo, intra quem comparens de iure suo doceret, ac is lapsus, Coras. *d. loc.* & Wurmser. *d. Obs.* 7. *n.* 6. Et nisi ius immissi liquidum, aut in continenti probetur, Wursm. *d. loc. n.* 7. ubi non nisi soluto debito missus possessione cedit, Moller. *d.* C. 23. *n.* 12.

20) Quare hic expensæ actori refundendæ, Menoch. *Arb. Cap.* 6. *n.* 7. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 6. *n.* 30. Scaccia *d.* C. 96. *n.* 8. Neque etiam unquam facile auditur contumax, nisi refectis expensis, Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 11. *n.* 1. & 2. Maranta *Part.* 6. *Tit. de contumac. n.* 16.

diendum esse reum, qui rediisset, quam si [21] dedisset fideiussorem iudicio sistendi caussa: quanvis alioqui non esset is, a quo exigeretur a principio satisdatio.

21) Quomodo oblata satisdatione, sequestratio quoque & arrestum tollitur, Gail. *de Arrest. imperii. C. 1. n. 21. & Cap 2. n. 7 & 14* Coler. *de Process. execut. P. 1. Cap. 2. n 75. & Dec. 34. n 24* Gœd. *de Sequestr. C. 3 n. 14. & seqq.* Ant. Del Re. *de iure cal.* C. 15. *n.* 222. vid. tamen Leonin. 7. *Emend.* 2. *n* 9. Quid si præstare nequeat fideiussores? Sufficere iuratoriam vult Wurmser. *Tit. 7. Obs* 7. *n.* 1. Quod tamen non obtinebit, si antea iurata cautione præstita contumax, ut *supra Cap 9. sub fin.* vid. Marant. *P. 6. Tit. de Contumacia n. 22. & seqq.*

C A P. XII.

Ei qui in possessionem bonorum missus est, vim fieri non debere. Quid sit hic possessio; quid creditores hanc nacti consequantur: ad titulum, de rebus auctoritate iudicis possidendis.

Quæ interdicti pœna adversus vim facientem misso in possessionem: quatenus hæc in iure canonico evitetur. I.
Missio in possessionem quid valeat, & quod ius tribuat, aut neget creditori. II.
Etiam Ius pignoris in re possessa creditori tribuit; quid huic iuri consequens. III.
Quid de hereditariis instrumentis & rationibus creditori liceat. IV.
Actio in factum inter creditores & eum cuius de bonis agitur, mutua. V.
Iure suo omni ita potiuntur creditores si a prætore missi sunt in possessionem vel omnes, vel eorum aliquis. VI.
Hoc posteriore casu, quatenus alii veniant in possessionem, & partem ferant e distractis rebus. VII.
Necessarium creditoribus ut ab uno saltem illorum ventum fuerit in possessionem bonorum debitoris. VIII.

I. QUI in bona missi, sive ire iussi sunt, hoc consequuntur, ut in bona suo iure ire possint. Quibus si vis fiat, quo minus in ea veniant, prætor alia parte edicti eos tuetur, & iudicium in factum adversus eum, qui vim fecit vel dolo malo prohibuit possidere in possessionem missum, constituit, quanti [1] ea res est, ob quam is qui agit, missus est. *L. 1. & toto tit. D Ne vis fiat ei, qui in pos. mis. est.* Quo iudicio sive interdicto non liberatur reus, quanvis cautionem offerat iudicio sistendi caussa: sed hoc ei tantum prodest ad possessionem obtinendam, ne creditor in ea sit. *L. pen. §. ult. C. de præscript. 30. vel 40. ann. C. ult. ut lit. non contestat.* Iure pontificio ecclesiasticis personis & illud indulgetur, ut interdicti illius pœnam evitent cautionis illius oblatione intra annum, quo scilicet interdictum conclusum est. *C. 1. extr. de dol. & contumac.*

II. In bona cum venerint, tum eorum possessionem nanciscuntur; quo verbo non possessio proprie sed magis custodia & observatio rerum eis concedi intelligitur, non in hac specie tantum; sed in omnibus aliis caussis, ex quibus in possessionem iri solet *L. 3. §. ult. D. de acq. poss. L. cum legati. 12. quib. ex cau. in pos. eat.* ut consequens sit, multo minus dominium ex hac caussa [2] acquiri. *L. in possessionem, C. de bon. auc. iud pos.* ne tamen fructus interim depereat, dum bona possidentur: non tantum placet, si quis fructus ex prædio debitoris capi potest, posse creditorem eum fructum vendere, & locare: sed etiam ex bona fide id facere iubetur: eique rei formam edicto præscripsit prætor: cavens, quando id facere possit creditor: quis possit ex pluribus, si forte plures in possessionem bonorum missi sunt: de qua re diligenter & dilucide scriptum est in *L. in venditione, 8 §. 1. usque ad fin. L. D. de reb. auc. iud. pos* Sed ut sciatur nihil habere creditorem; in eo præter rei administrationem, fructus, & quicquid ex re consecu-

1) De quo vid. Oldend. *Cl. 2. Act. 5.* Sebast Medic. *de Conservan. possess. p. 2. Gio. 2 n 4. & seqq. p.* 567. Menoch *Retin. poss. Remed.* 1. P. Frider. 2. *de Mand. indic* 57. *n.* 4. *& seqq.*

2) Et nec ex secundo decreto, si cum DD. loqui licet, aut edicti parte alia, vid. Schifordegher. *Lib. 1. ad* Ant. Fab. *Tr. 7. Quæst.* 5.

secutus est, aut [3] in sortem imputare cogitur, aut restituere. *L. prætor.* 9. *L. creditore*, 14. *D. de reb. auct. iud. poss.* Proinde nec si creditores inopes sint, id consequuntur, ut ex rebus, in quarum possessionem missi sunt, alantur. *L. Fulcinius, quib. ex caus. in poss.* In caussa tamen hereditatis, quia is agit, qui se verum heredem esse contendit, ne forte si sit verus heres fiat illi iniuria, si ex re sua ali non possit, constitutum est, ut si possessor sui copiam non faciat, ac nimia eius contumacia videatur, sic petitor inducatur in possessionem rerum hereditariarum, ut ex his etiam fructum possit percipere, qui [4] lucro eius cedat. *L. Fulcinius*, *§. ult. eod.* Possessio & custodia, quam dixi (ne quis forte eam, cum nuda sit, inutilem putet) huc spectat, ut saltem [5] tædio perpetuæ custodiæ extorqueat a debitore id, quod iniungitur: nempe ut veniat. *L.* 5. in pr. *D. ut in poss. leg.*

III. Sed præter custodiam & possessionem rerum, etiam pignus [6] constituitur creditori, qui iussus in possessionem venit. *L. non est mirum*, *D. de pig. actio.* Pignus cum creditori constitui dicimus, hoc dicimus, sic res subiici potestati creditorum, qui in possessionem missi sunt, ut nihil inde possit debitor attingere, non magis, quam si res essent ab ipso pignore obligatæ: tum ut quæ inde nata sunt, omnia habeantur iure pignoris; quæ res facit, ut bonis a creditoribus possessis, nihil liceat domino de his ne ad vescendum quidem sumere. Exceptus est pupillus, de quo ita scriptum est in *L. si pupillus*, 33. *D. de reb.* auct. iud. poss. *Si pupillus ex contractu suo non defendatur, ideoque bona eius creditores possidere ceperint: deminutio ex his bonis fieri debet vescendi pupilli caussa.* Idem expressum est [7] in *L. ult. D. eod.* quod ius & ad furiosum, prodigum, & cæteros, qui curatorum ope iuvantur, transferendum videtur, hac ratione, quod istorum omnium status & habitus a pupilli conditione non multum abhorreat: nam & hoc argumento alibi Ulpianus, quod in pupillo constitutum erat, colligit & in istorum, quos dixi, persona exemplo pupilli esse servandum. *L. Fulcinius*, *§. plane, quib. ex caus. in poss.*

IV. De instrumentis, & rationibus hereditariis quid in his possidendis, in inventarium referendis, & describendis permittatur creditoribus, dilucide scribit Ulpianus in *L. cum plures*, 15. *D. de reb. auct. iud. poss.*

V. Quoniam autem per occasionem possessionis bonorum creditores multa ex rebus consequi, alia in iis deteriora facere pos-

3) Vid. & Gail. *de Arrest. C.* 12. *n.* 8. Gœd. *de Sequestr. C.* 2. *n.* 5. *&* 3. *seqq. & n.* 16. ubi si male in his versetur immissus, eosve dissipet, fructuum sequestrationem fieri ostendit per *d. C.* 2. *extr. de sequestr.* in realibus ex receptiori opinione, qua missus verus possessor statuitur, ut *N. praeced.* eundem fructus lucrari, nec illos sortem extenuare docet Sig. Scacc. 1. *de Iudic.* 96. *n.* 7. Soluto vero ex fructibus debito, cuius caussa missus, non alterius debiti nomine bona retineri possint, vid. Mollet. 2. *Semestr.* 23 *n.* 11.

4) Quod singulare esse in petitione hereditatis, cui & alias multa specialia ut *L.* 11. *Cod. de pet. her.* docet Coras. *in d. L.* 15. *§* 16. *Summ.* 1. *&* 2. *decreti num.* 33. Verum alii plerique ob magnam contumaciam Rei, sine caussæ respectu, vere res eius possideri, etiam secundo decreto non interposito, produnt, vid. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n* 178. *& seq.* Coler. *P.* 3. *C.* 12. *n.* 46. Sed Gœdd. *de Sequest. C.* 2. *n.* 15. intelligit *d. §. ult.* de secundo decreto, quippe cui caussam det nimia & perseverans rei contumacia. Enimvero si duplex decretum DD. in hac missione recte statueretur, omnino de ea, quæ ex secundo decreto, accipienda hæc essent. Et sane illa omnia, quæ post *L.* 7. *§.* 1. *Quib. ex caus. in poss* habentur *&* 1. *tit. de reb. auct. indic. possid.* non pertinere ad priorem edicti partem, quæ *L.* 2. *pr. Quib. ex caus. in poss.* relata videntur. Cæterum arg. *d. § ult.* statuunt Menoch. *d. loc. n.* 179. Coras. *d. loc. n.* 34. & Coler. *d. Cap.* 12. *n.* 97. statuto vel consuetudine effici posse, ut immissus ob adversarii contumaciam ex primo decreto fructus lucretur.

5) Unde hanc tædialem possessionem vocari scribit Menoch. *Retin. possess. Remed.* 3. *n.* 170. Quem de hoc vid. *ibidem & in n. seqq.* Et Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 45. *& seqq. ac P.* 3. *Cap.* 10. *n.* 2. *&* 3. Vacon. 2. *Declar* 34. *n.* 14 Gail. *de Arrest C.* 12. *n.* 8. Gœdd. *de Sequestr. Cap.* 2. *n.* 7. *&* 8. Atque hoc admittunt omnes regulariter in actionibus in personam, quoad bona immobilia. Veram autem possessionem misso in mobilia acquiri docent, vid. Coler. *P.* 3. *C.* 12. *n.* 45. Et in realibus quoque actionibus veram possessionem acquiri etiam intra annum, post annum autem perpetuam ac irrevocabilem plerique statuunt, vid. Coras. *in L.* 15. *§. iulianus* 16. *de damn. infect. Summ.* 1. *&* 2. *decreti n.* 20. Gabr. Saraynn *Annot. ad Mathesilan. Sing.* 85. Coler. *d. C* 10. *n.* 1. *& d. C.* 12. *n.* 44. Blarer. *in L. diffam. C.* 2. *n.* 10. *pag.* 69. Gail. *de Arrest. C.* 1. *n.* 7. Scaccia 1. *de Iudic.* 96. *n.* 8. Moventur *L. pen. §. pen.* verbis prior possessor *Cod. de praes.* 30. *ann.* Quod non inscite impugnant Menoch. *d. Remed.* 3. *n.* 208. *& seqq.* Gœd. *de Sequestr. C.* 3. *n.* 9. *& seqq.* quem adi. Et Pacian. 1. *de Probat ultim. n.* 38. *& seqq.* Enimvero Coler. *d. C.* 12. *n.* 44. *& seqq.* & alias quoque & in universum 10. exceptiones profert, quibus nempe propria possessio missione hac transferatur. Quid iure Saxonico vid. not. *Cap. praeced. N.* 3.

6) Et hoc pignus Prætorium, per *L* 2. *Cod. Qui pot. in pignor. L.* 3. *D. Ut in poss. L.* Hot. *ad L. properand.* 13. *§.* 1. *Cod. de iudic.* Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 6. Donell. *de Pignor. C.* 6. Coler. *de Process. exsec. Parte* 1. *C.* 2. *n.* 53. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 109 *pag.* 163. Quod differre a conventionali notat Menoch. *Arb. Cas* 6. *n.* 7. (1) In hoc maius ius creditori ac possessio. (2) Hoc non redditur, nisi debito soluto. Prætorium vero istud refusis impensis & purgata contumacia. Differt quoque hæc missio ab arresto, quod non fit custodiæ caussa & in rem quoque litigiosam exercetur, Gœd. *in Rub. extr. de sequestr. n.* 20. licet multi eum eo confundant, vocantes speciem arresti: Quod non convenit nisi abusive ex affinitate quadam ratione effectus, idem Gœd. *ad Cap.* 1. *dict. tit. n.* 111. *pag.* 177. Et a sequestratione per quam nec detentatio aut nuda (ut barbare loquuntur) tenuta, creditori tribuitur, sed res custodiæ alterius certa lege committitur, Coler. *dict. P.* 1. *C.* 2. *n.* 61. *& seqq.* Nec ea creditor pignus prætorium consequitur.

7) Vid. Cuiac. 24. *Obs.* 17. qui *dict. L. ult. pr.* duplici correctione emendat legens *pupillo*, &c. *in possessione bonorum, &c.* resecta vocula *minoribus*. Verum non insolens Iurisconsultis transitur ab unitate ad multitudinis numerum ut *not. super. Lib.* 18. *C.* 2. *N.* 27. Proinde emendationis haud eget locus.

Digitized by Google

possunt; contra & ipsi in his ex bona fide sumptus facere: hac de caussa actio in factum invicem proposita est a prætore inter creditores, & eum, cuius bona sunt possessa: qua de re exstat edictum prætoris, & eius interpretatio in [8] *L. prætor*, 9. *D. de reb. iud. auct. poss.* Idem continet *L. creditore*, 14. *§. ult. D. eod.*

VI. Hæc quæ supra scripta sunt, quæ consequi creditores diximus, meminisse oportebit sic illos consequi, si in bona ire a prætore iussi sint, ut edicto expressum est, idest missi sint in possessionem bonorum, sive ad bona occupanda, & possidenda, id ergo a prætore impetrandum est. Sed sciendum est si unum postulantem prætor ire in possessionem iusserit, eum omnibus aliis creditoribus permisisse videri. *L. cum unus*, 12. *D. de reb. iud. auct. poss.* Plus dicimus, si is qui missus est in possessionem, bona possidere ceperit: non sibi tantum, sed etiam [9] aliis possidebit. *L. 5. §. alia, D. ut in poss. legib.*

VII. Ergo alii, cum volent, in possessionem venient sine novo permissu, ac si quid ex bonis distractis redactum sit, etiam partem ex eo ferent; sed ea lege & conditione, quæ constituta est in hac re a Iustiniano in *L. ult.* in princ. *D. de bon. auct. iud. poss.* Nempe hac, si hi cum domicilium haberent, in eadem provincia, in qua bona possessa sunt, venirent intra bienniom, cum autem domicilium haberent in alia provincia, venerint intra quatuor annos: & simul utrique impensas, quas hi, qui in possessionem missi erant, fecerunt, pro modo æris alieni iis refuderint. De quibus ille vult fidem haberi earum auctoribus iurantibus se eas fecisse.

VIII. Non est satis creditorem in possessionem bonorum esse missum, ut illa consequatur, quæ dixi, possessionem, inquam, & pignus bonorum: sed etiam [10] venire oportet. Nam ut nulla in universum possessio acquiritur, nisi corpore. *L.* 3. in pr. *D. de acquir. possess.* sic nec contrahitur pignus prætorium aliter, quam si ventum sit in possessionem. *d. L. non est mirum, de pig. ac.* Unum quidem venire satis est, ut cæteri possidere videantur, ut ante dixi, *L. 5. §. alia, ut in poss. leg.* interim vel unom saltem venire oportet. Sane si per eum qui missus est, & quem venire volumus, non stet, quominus incipiat possidere, sed stet per naturam, aut vim maiorem: *recte dicitur*, inquit Paulus, *non esse, quod possideatur*. Hoc Paulus in *L. cum unus, 12. §. ult. de reb. iud. auct. poss.* quod ex *L. quanvis, seq.* sic interpretandum est; perinde haberi debebit, quasi creditor possideret. Tunc enim adipisci debet possessionem creditor, cum est, quod possideatur.

CAP.

8) Quæ etsi ex dolo *d. L. 9. §. ult.* in factum tamen datur *d. L. 9. pr.* Sed sine dolo admisso non tenet *d. L. 9. §. 5.* Et dari eam intra annum etiam hodie, vult Cuiac. *in Paulo ad L. 10. d. tit.* nec ex quo de dolo actioni biennium præfinitum, etiam huic.

9) Unde Græci vocant τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν Petr. Fab. *ad L. 148. de R. I. initio* Cuiac. *in Paulo ad d. L. 12.* Quare & impensæ ad omnes pertinent, quia commune negocium est *L. 9. §. 4. eod.* Atque huc respicere regulam *d. L. 148* ostendit ib. Petr. Fab. Effectus ut qui prior missus in hoc prætorio pignore non sit potior iure, sed æqualis omnium caussa, nullo inter eos ordine servato, Cuiac. *d. loc.* Si nempe omnes Chirographarii *L. 6. Cod. de bon. auct. iudic. poss.* Petr. Fab. *d. loc.* Coler. *de Process. Parte 1 Cap. 2. n. 52. & Parte 3. C. 12. n.* 89. Vital. 2. *Var Lect.* 14. *n.* 2. Rauchb. *Parte* 2. *Q.* 9. *n.* 6. Atque huius iuris usum adhuc superesse, nec *Nov.* 53. *Cap.* 4. §. 1. sublatum adstruit Petr. Frider. *Lib. 3. de Continent. causs. Cap.* 15. *n.* 3.

10) In quo differt prætorium pignus a conventionali, Donellus ad *tit. C. de præt. pign. n.* 8.

CAP. XIII.

Quorum bona ex edicto distrahi possint, & quando.

Bona fraudationis caussa latitantium dumtaxat iuberi distrahi a prætore. I.
Quis fraudationis caussa latitet; & adversus quos fraus esse debeat. II.
Item bona defuncti, cui nullus extabit heres, aut aliquis pupillus vel furiosus, qui non defendautur. III.
Defuncti exitum patitur deportatus, & relegatus. IV.
Item bona furiosi & prodigi, ex caussa; & si non defendantur. V.
Non autem pupilli bona, quandiu impubes erit: & quatenus cum illo contractum. VI.
Quid cum pupillo contractum habeatur. VII.
Quo tempore latitantis, & defuncti sine successore, & furiosi bona distrahi permitteretur. VIII.

I. QUorum bona ex edicto prætoris possessa sunt, ea etiam iubet [1] distrahi, sed neque omnium, verum [2] latitantium tantum bona, & similium: neque statim: sed ita, si res exigat, ut est in *L. item, §. ceterum, D. ex quib. cauf. maior.* Quæ quid valeant, & primum quorum permittat bona venundari, videamus. Et in iis quidem, qui vivunt & sui potestatem facere possunt, ut sit cum ipsis experiundi copia, non aliorum bona prætor iubet vendi, quam eorum, qui latitant fraudationis caussa; de quo ita edictum conceptum est in *L. Fulcinius, quib. ex cauf. in* poss. eat. *Qui fraudationis caussa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri, vendique iubebo.* Iubet ergo prætor bona vendi: sed his conditionibus, si & latitet reus, & latitet fraudationis caussa.

II. Latitat omnis, qui uspiam se occultat, ut creditorem evitet, vel qui subterfugit; idque efficit, ne secum agi possit: ubicunque tandem sit; sive profugerit ex urbe, sive in urbe [3] agens copiam sui non faciat,

[1]) Vulgo DD. duo decreta agnoscunt. Et ex contumacia perseverante post missionem ex primo decreto, interponi secundum decretum, & sic deinde ad distractionem bonorum veniri, Menoch. *Arb. Caf.* 6. Scaccia 1. *de iudic.* 96. Rævard. *Pretrib. Cap.* 3. *cir. fin.* Coraf. *ad Leg.* 15. *§. iulianus* 16. *de damn. infect. Summ.* 1. *&* 2. *decreti*, Afin *de Exfecut.* §. 7. *Cap. ultim.* Gœd. *de Sequestr. Cap.* 2. *n.* 14. *& seqq.* ubi & in realibus hoc necessarium statuit, contranitente Coraf. *d. loc n.* 18. & Gail *de Arrest. Cap.* 1. *n* 17. *& seqq.*) Scip. Gentil. 1. *de iurisd.* 24. Quibur aliqui 3. decretum addunt, Hot. *ad L* 13. §. 1. *Cod. de iudic.* Sed verius est, uti nullibi mentio secundi decreti in iure, præterquam in caussis damni infecti *dict. L.* 15. §. 16. agnoscente Coraf. *ibidem in Præiud n.* 23 *in fin* ita nec in aliis caussis id interponi, Casp. Schifordegher *Lib.* 1. *ad* Anton. Fab *Tr.* 7. Quæ & olim sententia *glossa in L* 4. *de Iurisd* teste Marantæ *P.* 6. *Titul. de Contumacia n.* 12. ac nulli hic decreto locum esse, Cuiac. 31. ut not. *supr. Cap.* 11 *N* 3. Distinguendum vero potius inter diversas partes edicti. Et quidem contra eum qui iudicio sisti cavit, primo in bona ire iubet Prætor *L.* 2. §. 1. *Quib. ex cauff in poss.* postea bona ea veneunt ex alia parte edicti *L.* 6 §. 1. *eod* Ast contra latitantem fraudationis caussa ex una eademque edicti clausula *L.* 7. §. 1. *dict tit.* bona possideri vendique iubentur. Neque diverso hic tempore duo decreta, neque etiam duo iussus interponuntur: tametsi ad venditionem non protinus, sed tempore transacto, veniatur *L.* 9. *Codic. de bon. auct. iudic.* vid not. *Cap.* 11. *N.* 6. *& h. C. N.* 7. Cæterum de horum distractione & subhastationibus, earumque iure ac solemnibus fuse Rebuff. *Tract. de Præconiis & Licitat* Ægidius Magister. *Doct. in Tr. de Bon. proscript seu subhastationibus*, Iodoc. Damhuder *subhastationum Compendio & Exegesi*, Io Bapt Asin. *de Exsec.* §. 4. *Cap.* 70 *& Cap.* 83. *& seqq Cap.* 86. *&* 126 ac fusius §. 6. passim Coler. *de Process P.* 3. *Cap.* 4. *n.* 73 *& seqq.* Parlad. 2 *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 8. Hot. *ad L.* 13. § 1 *C. de iudic. & Consf.* 23. Pinell. *ad L.* 2. *C. de resc. vend. P* 2. *C.* 2. *n.* 24 *& seqq* Coraf *SC. Telos. C.* 7. Anton de Gamma *Decis.* 40. 77. 95. 198. *&* 232. Magon. *Decis.* 131. Moller. 1. *Semestr.* 12. *ac* 4. *Semestr.* 5. *& ad Nov. Elect. Sax* 32 *P.* 1. Modell. Pist. *P.* 1. *Quæst* 12. *& P.* 4. *Quæst.* 142. P. Heig *P.* 1. *Quæst.* 35. Rauchb *P.* 1. *Q.* 46. Iac. Shult. *Q Tract* 42 Io Meichsner. *Tomo* 2. *Decis. Cam. Lib.* 2 *Decis* Rulant. *de Commissar P.* 3. *Lib* 9. *Cap.* 8. *& P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 5. Munnoz *de Ratiocin C.* 16. Hering. *de Fidei Cap.* 6. *n* 18 *& seqq* Barthol. Musculus *de Success. convent. Classe* 1. *Membro* 3. *pag* 63. *& seqq.*

[2]) Ita & Cuiac. 10. *Obs.* 31. (ubi declarat quis sine latitatione absit Coler. *Decis.* 134. *n.* 8.

[3]) Ut si se in eodem foro occultet circa columnas *d. L.* 7. §. 13. *d. L.* 36. Quod de columnis in foro positis, & quibus id refertum accipiunt Alc. 4. *Parerg.* 27 Cuiac. 1. *Obs.* 13. *&* 11. *Obs.* 8, Sed Hot. 2. *Amicab.* 13. intelligit non quibus porticus in ambitu fori sustinebantur, quæ enim ait, illa latitatio, nisi perdicis similis, putantis capite occultato se probe latere: sed quæ basilicas sustinebant, ad quæ tribunalia posita. Aut circa stationes *d. L.* 7. §. 13 Ubi Cuiac. 1. *Obs.* 13. ea voce submota, reponit *statuas*, quia ita Sidon. *Lib.* 1. *Epist. ad Montium.* Alii fugere post statuas, occulti post columnas. Sed notatur a Briss 2 *Antiquit.* 12. quia in foro Romano stationes fuerint, seu tabernæ, Sueton. *Nerone C.* 37. Agell. 13 *Noct.* 13. *L. pen. C. de operibus publ.* Unde statio adiungitur tabernæ *L.* 15. §. 7. *de iniur.* Eum rursus notat Cuiac. 2. *Obs.* 40. quod stationes diversæ a tabernis, & ab iis distinctæ *d.* §. 7. loca significent, quibus homines frequentes convenire solent Sed Hot. 2 *Amicab.* 13 *stationum* quidem verbo varios hominum congressus denotari. Eas vero *d.* §. 13. non significari, cum in plerisque nihil impedimenti fuerit, quo minus inde in ius vocari debitor, sive manus inici possit. Sed quæ iuris iudiciive audiendi & circumsistendi caussa fiebant in basilicis vel foro. Denique Rævar. 4. *Var.* 7. stationes immo istas intelligit ac illa verba exponit, de eis qui se stationibus, id est congressibus convenientium, ita immiscent, ut eo medio conspectum adversariorum fugiant. Sic enim Ambros. *Serm.* 25. stationes vocantur quod stantes & commorantes in eis inimicos insidiantes repellamus. Plura de latitante, Cuiac.

Digitized by Google

faciat, *L. eum qui*, 36. *D. de reb. iud. auct. poss. L. Fulcinius*, §. *latitare*, §. *illud sciendum*, *D. quib. ex cau. in pos.* Sed fraudationis caussa latitare oportet: ut in eo & fraus insit, & consilium fraudandi. arg. §. *prævaluisse*, *Inst. qui & quib. ex caus. manu. non pos.* Itaque sive creditores non fraudantur sive fraudantur quidem, sed non ideo latitat reus, ut fraudet, edicto locus non erit: fac aliquem esse qui præsens iudicium pati non compellatur: Huius bona non distrahentur: Quippe nihil facit frustrandæ actionis caussa, inquit Ulpianus, qui in ea caussa est. *L.* 3. *D. de iud.* id est, nihil facit, ut frustra sit actio, & inanis: sive ut creditor ea actione nihil consequatur, & recte. Nulla enim fuit actio creditori adversus eum, qui conveniri, etsi præsens esset, non posset. Sed etsi fraudet creditores reus frustrando eorum actionem absentia sua, si tamen absit fraudandi consilium, cessabit edictum. Proinde si tyranni crudelitatem timens, aut vim hostium, aut domesticas seditiones, se occultet: eius bona non vendentur ex edicto; quia latitat ille quidem: sed ut sibi, & vitæ suæ consulat; non hoc animo, ut quenquam fraudet. *L. Fulcinius*, §. *cum hoc*, §. *quid sit autem*, *D. quib. ex caus. in pos. eat.* Sed nec cuiusvis fraudationi animus satis est ad venditionem bonorum. Ea fraudatio in hoc edicto accepta est, per quam id agitur, non ut alius quivis fraudetur: sed ut fraudentur creditores. *d. L. Fulcinius*, §. *sed & is*. Adeoque id valuit, ut si adversus quosdam creditores consilium sit se occultare, adversus quosdam non sit: ii soli possint impetrare venditionem, adversus quos reus latitet. *d. L. Fulcinius*, §. *quid si*, *& seq.*

III. Num ergo aliorum bona non venduntur ex edicto, quam latitantium? Si sunt inquam, hi quibus cum actio & iudicium esse potest natura: non aliorum. Dum enim sunt, qui conveniri possunt, spes est eos venturos esse, & potestatem sui facturos: nec vero interim deterius quidquam adversus eos consuli oportet, qui nihil faciunt fraudandi caussa, & quos credibile est possessione rerum suarum excitari posse, ut veniant, & bonis suis consulant. Præsertim cum ea possessione cautum sit creditoribus: ut pote pignore prætorio illis constituto. Et quidem ad eos tantum superius edictum pertinet: quippe in quos solos cadit, ut latitent [4]: at si certum sit, nullum debitorem superesse, quod accidit, cum debitor defunctus est, & nemo ei heres exstitit; aut is debitor sit, cum quo non sit experiundi potestas, nec certum sit aliquando fore, quantumvis corpore præsens sit: simulatque constiterit, istos non defendi, non solum mittit prætor creditores in possessionem bonorum talium debitorum: sed etiam vænire iubet: frustra enim exspectatur, dum veneant ii, qui aut non sunt, aut perinde habentur quasi non sint. Ergo alia parte edicti prætor istorum bona permittet vendi, quos subiicio. Primum defuncti cuiuslibet, cui nemo heres exstitit: de eo quidem debitore, cui filius pupillus heres exstitit & postea hereditate patris se abstinuit, sic scribit Paulus in *L.* 6. *D. de reb. iud.* auct. poss. *Si non expedierit pupillo, hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti permittet vænire, ut quod superaverit, pupillo restituatur.* Hæc, inquam, Paulus pupillo herede se abstinente. Sed non eo minus idem permittetur, si filius maior annis vigintiquinque heres exstiterit patri, & se hereditate abstinuerit; multoque magis idem fiet, si extraneus repudiaverit hereditatem. In illis enim pariter contingit, ut nemo sit defuncto heres cum re: in hoc, ut ne exsistat quidem. Et sane si pupilli persona alioqui favorabilis non obstat creditoribus paternis bona patris distrahentibus; multo minus cæterorum heredum qui repudiaverunt aut se abstinuerunt, his obstabit, quominus bona vacantia distrahantur. Scribit Ulpianus in *L.* 1. in pr. *D. de succes. ed.* in hæc verba: *Bene igitur prætor putavit præstituere tempus iis, quibus bonorum possessionem detulit, & dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant; quasi sine successore defuncto*. Creditores ad possessionem bonorum processuros dixit: nihil

Cuiac. 11. *Obs.* 8. P. Vander. *de Privil. credit. C.* 16. ubi & Ciceronem *pro Quintio* sine iusta caussa notari ab Ulp. *in d. L.* 7. §. 4. scribit, eo quod Cicero eam latitationem definierit, quæ edicto expressa. Hos debitores vespertiliones dici, quod interdiu delitescentes metu creditorum, noctu tantum prodeant, ostendit Tit. Pupma *de Operis servor. p.* 98. ita exponens vespertilionem servum *L.* 31. *de evict. L.* 72. §. *pen. de sol. iuxta vulg. lect.* Cæterum ut sciatur an latitet id investigatur per denunciationem ad dumum prædiumve factam *L.* 4. §. 5. *de dam. infect. C.* 1. *&* 2. *de foro comp. in* 6. Denunciatio hæc fit solemniter & testato: Et si præsenti attestatur, sin absenti, detestatur *L.* 39. §. 2. *de D. S.* ubi vid. Gœd.

4) Quid igitur in bannito & num contra hunc cesset 2. decretum tanquam qui se defendere nequeat nec vere latitet, vid. Nellus de S. Gemiuiano *Tr. de Bannitis Parte* 13. *Div. temporis n.* 65.

hil amplius: idemque in hac specie scriptum est, in *L. si bona, C. de bonis auct. iud. poss.* sed qui dicit creditores processuros ad id, quod primum est, cætera, quæ sequuntur, eis non adimit. Et quo bona possidere licere creditoribus, & pignus prætorium in his constitui, si ea pignoris iure distrahere non licet, & inde suum consequi. Non tantum autem si defuncto nullus sit heres, bona a creditoribus distrahi possunt ex edicto: sed etiam si pupillus, aut furiosus patri heredes exstiterint, neque defendentur. *L. 3. quib. ex causs. in poss. eat.* Nam ii sunt cum quibus iudicium non possit consistere: quoniam iure obligari non possint.

IV. In bonorum distractione mortui exitum patitur non tantum qui perpetuo exsilio damnatus est: sed etiam qui temporario. De quo hæc Papiniani verba sunt, in *L. ad cognitionem*, 13. In fin *quib. ex caus. in poss.* Nam & exsilio temporario (id est, relegatione) puniti si defensor non exsistat, bona veneunt: non est in eadem caussa qui ab hostibus captus est, quia nihil deliquit. *L. ult. D. de reb. ind. auct. possesf.*

V. Ut defuncti cui nemo heres est, sic furiosi, prodigi, cæterorumque, qui curatorum consilio reguntur, & in eorum perpetua curatione sunt, bona permittit prætor vendi, si nemo exsistat eorum defensor: sed caussa cognita: idest si urgeat æs alienum, & dilatio damnum allatura sit creditoribus: quæ ita vendi iubentur, ut quod superfit, supra scriptis personis detur: hæc prope totidem verbis in *L. Fulcinius, §. plane, quib. ex caus. in poss.*

VI. Inter istos non numeratur pupillus quanvis non defendatur: propterea quod cum sit constitutum tempus cum possit conveniri, nempe pubertas (potest enim pubes & iudicio agere & conveniri curatore ei in litem dato) id tempus iubetur expectari creditoribus de eo quod cum ipso pupillo contractum sit: si quidem enim contractus ex persona patris descendat, recte visum est Marcello, ut Ulpianus refert in *L. 3. quib. ex causs. in poss. eat.* patris, cui pupillus heres extitit, bona & possideri posse & [5] vendi, si pupillus non recte defendatur: esse enim perquam iniquum, eum qui nihil eum pupillo contraxit, exspectare eius pubertatem: cæterum si quid cum pupillo pupillave contractum erit, neque is ab alio defendetur, ius certum fuit ex edicto prætorem in bona eius iure iussurum: Vendi bona non permissurum, sed iussurum expectari pubertatem: quod ex ea *L. 3.* liquido intelligitur.

VII. Inde Ulpianus ibidem tractat, quid cum pupillo videatur contractum in *§. contractum*, & deinceps: docetque in summa omne cum pupillo contractum hic habendum esse, ac si unius obligatio post mortem patris nata sit, qua pupillus teneri ceperit: neque referre, vere contractus sit, an quasi contractus: obligatus sit ipse per se, an per alios, ut per servum & tutorem; ac fuisse hoc ius de pupillo edicto comprehensum, declarat Ulpianus illis verbis in *d. §. contractum*. Ergo puto, etsi cum tutore contractum sit ex qua caussa actio in pupillum datur, magis esse, ut edicto locus sit, quasi cum eo contractum sit. Et ne longius testimonia petantur, exstat clausula edicti in *L. 6. eod. tit.* in qua cum prætor polliceretur distractionem eorum bonorum, quæ possessa essent a creditoribus, nominatim postea pupilli, & eius, qui reipublicæ caussa abest, bona excepit.

VIII. Et hi quidem sunt, quorum bona ex edicto veneunt, aut non veneunt, sed non ut quisque ea conditione est, ut bona eius vænire possint, continuo etiam ea distrahi prætor iubet, ne latitantis quidem: sed ita, si res exegerit: ut Ulpianum scribere diximus initio *d. L. item, §. cæterum. D. ex quib. cau. maio.* His autem verbis in latitante intelligere debemus, quod expressum est in *L. cum proponas, C. de bon. auct. ind. poss.* nempe, si & tempus transactum sit ut debitorem contumacem esse intelligere liceat, & is, qui postulat sibi fieri distrahendi potestatem, doceat [6] eum, cuius bona possessa sunt, suum esse debitorem. In quo tempus

5) Ita & Cuiac. 10. *Obs.* 31. add Coraf. *ad L.* 15. §. 16 *de dam. inf.* *Summa* 1. & 2. *decreti n.* 20. Confer. *supra C.* 11. *N.* 6 & 17.

6) Ita post Bartolum & alios Sig. Scacc. 1. *de iud.* 96. *n.* 12. requiri plenam probationem de iure actoris ante interpositionem 2. decreti, etsi summarie recipienda sit, nempe absente parte. Et iuxta hanc, seu receptiorem opinionem iudicandum censet, licet contraria, quod semiplena & summaria probatio sufficiat, probabilior. Caussam subhastationum summariam esse, sive realis sive personalis actio post Speculat. & Soci tradit Iac. Schult. *Obs. forens.* 3. §. 122. Enimvero cum plerumque viliori quam par sit, pretio res sub hasta vendi soleant: non nimis debitor urgendus, ne iniuria ei fiat, rebus, magno incommodo vilissimo distractis, A. Fab. 11. *Err. Prag.* 5 Etsi vero magna fides hastæ, in auctione tamen quoque locum esse beneficio *L. 2. C. de rescind. vend.* probat A. Fab. 10 *Err. Prag* 7. Siquidem auctoritas decreti tota pertinet ad ius subhastationum, non ad caussam rescissionis; & pertinet hoc ad materiam subhastationum, non ad formam; nec creditoris, sed emptoris dolo res viliori pretio distrahitur. Et Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 61. *n.* 2 & 3 quia caussa & ratio solum alienandi comprobatur decreto iudicis. Ac etsi eius præsentia læsio abesse censeatur, contraria tamen pro-

pus transactum, intelligo legitimum tempus, intra 7 quod alioqui & lite contestata solent rei legitimis edictis evocari, prius, quam rem cognoscat iudex, & pronunciet. De quo tempore dicemus postea suo loco: hoc autem tempus & ea edicta in hac re accipi debere colligi potest ex *L. penult. C. ubi in rem act.* In defuncti bonis, cui nemo heres exstiterit hoc exigemus, ut constet neminem heredem esse, & creditores de debito doceant. Nam evocare quemquam, qui adsit, eique solemnibus edictis praestituere tempus, intra quod adsit, stultum est: cum constet, qui id faciet, esse neminem. Adversus furiosum & similes, qui consilio curatorum reguntur, quid ius exigat supra dictum est. Nam quae res facit, ut horum bona vendi possint, eadem facit, ut possint statim.

CAP.

probatio recipi debet. Fac. *L. ult. C. si in causs. iudic. L. 3. C. de exsec. rei iud.* Idem affirmat Iac. Curt. 2 *Coniect. ad Fratr.* 10. Licet enim videatur iustum pretium, quod ex communi usu, populo ad licitandum admisso, statutum *L. 63. ad L. Falc.* non tamen hoc remedium excludi convenit: Neque ex parte ementis; cum saepe per aemulationem inconsideratae sint adiectiones, more hominum qui eius rei, quae aliis placet, cupiditate tenentur & incenduntur: Neque ex parte vendentis. Quid enim si pauci ad hastam accesserunt, quid si in gratiam eius, qui primus adiectionem fecit, metuve indignationis nemo ausus contra licitari Atque hanc receptiorem vocat, ac in praxi servari Pinel. *ad d. L. 2. C. de resc. vend. P. 2. C. 2. n.* 25. add Gomez. 2. *Var. Resol* 2. *n.* 23 Pacian. *Cons.* 87. Damhuder. *supra d. C.* 26 *&* *C.* 5. *n.* 6. Moller. *ad Nov. Elect. Sax* 32. *P.* 1. *n.* 20. *&* *seqq.* ubi contra statuit iure Saxonico *&* 3. *Semestr.* 12. Plane etsi nullitatis arguantur subhastationes non audiendus debitor, nisi oblato debito cum accessionibus legitimis. Quia semper magis est quod imputetur debitori, cur non solverit, quam creditori aut emptori cur non rite perfecta auctio, Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 7.

7) Alii 30. dies fuisse putant moti loco Cic. *pro Quintio* Raev. *Protriban. C.* 3. *&* *ad L.* 148. *de R. I.* Hot. *ad L.* 13. *§.* 1. *C. de iud.* Sc. Gent. 3. *de Iurisd.* 24. *p.* 88. Alii tempus iure non definitum esse, proinde arbitrio iudicis id committi, Maranta *P.* 6. *T. de contum. n.* 12. Coras. *ad L.* 15. *§.* 16. *de dam. inf. Summa* 1. *&* 2. *decreti n.* 21. Gail. *de Arrest. C.* 1. *n.* 18. Menoch. post septem alias opiniones percensitas *Arbitr. Cas.* 6. *n.* 13. Quod Scaccia 1. *de iud.* 96. *n.* 10 admittit in actione in personam, ubi vero in actione in rem missio fit, veniri ad 2. decretum post anni lapsum, per *L.* 8. *§. pen. C. de praes.* 30. *ann.* Iure nostro ita esse puto: Latitantis bona possideri vendique iubentur eadem edicti clausula *L.* 7 *§.* 1. *h. t.* Eodem igitur tempore quo missio contra eos, proscriptio quoque fiebat una praetoria iussione. Fiebat autem proscriptio fixis publice & ad aedes debitoris tabulis, omnibusque eius bonis suspendebantur libelli, ut ex Sen. 4. *de Ben.* Cic. *pro Quintio* Raev. *Protrib. C.* 3. *sub finem* (qui tamen post 30. dierum possessionem demum proscriptas fuisse docet) postea lapso aliquo tempore ad creditorum postulatum, Praetor auctionem fieri permittebat *L.* 9. *C. de bon. auct. iud. poss.* Quomodo proscriptionem & auctionem fecerint Hot *ad L.* 13. *§.* 1. *C. de iudic.* Cum quo tamen nolim tria hic decreta agnoscere. Sicuti & errorem forensium qui praeter duo decreta ratione creditorum, duplex quoque decretum quoad emptorem commenti sunt, redarguit A. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.

Digitized by Google

C A P. XIV.

Quæ fint, quæ quærantur bonorum auctione conftituta.

I. Venditione, & auctione bonorum conftituta hæc quæruntur: Quid in bonis numerandum fit; ubi bona vænire debeant. In auctione, si plures eamdem rem licitentur, quis cui præferatur; poftremo fi bona non fint folvendo, & plures exfiftant creditores, an omnes pariter admittantur ad commodum bonorum pro portione, an alii aliis præferantur, & qui quibus præferantur.

II. At bonorum appellatione conftat [1] omnia contineri, non tantum quæ dominii noftri funt: fed etiam quæ funt in ea cauffa, ut de his poffidentes exceptionem, amittentes autem ad ea recuperanda actionem habeamus. *L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.* In quo quæ numerentur, expreffum eft in *L. bonorum, D. de ver. fig.* itaque & ufusfructus, qui debitoris eft, in venditionem veniet. *L. in venditione* 8. *D. de reb. iud. auct. poff.* Non tantum ideo, quia de eo habemus in rem actionem: fed etiam quia ufusfructus quodammodo pars dominii eft: certe emolumentum, & vicem partis obtinet. *L.* 4. *D. de ufufr. L. Mævius, §. fundo, D. de leg.* 2.

III. Sed humanitatis cauffa, ne cum ipfis bonis etiam folatium vitæ, & famæ adimatur, placuit non tantum re integra, fed etiam bonis iam venditis excipi & ftatuas, quæ [2] in honorem debitoris in publico pofitæ funt, *L. Fulcinius*, 29. *D. de reb. iud. auct. poff* & concubinam, itemque liberos eius naturales; *L. penul. D. eod.* quanvis conftet, fi ftatua affixa fit ædibus debitoris, ftatuam ædibus cedere, ac proinde effe debitoris. *d. L. Fulcinius*. Concubinam autem, debitoris effe ancillam, cum qua dominus confuetudinem habeat, quæ fi debitoris eft, erunt & liberi debitoris. *§. ult. Inft. de iur. perf.*

IV. Bona quæ erunt, ibi [3] vendi oportet, ubi quifque defendi debet: id eft ubi domicilium habet, aut ubi quifque contraxit: contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium geftum eft: fed quo folvenda eft pecunia: hæc in *l.* 1. 2. 3. *D. de reb. iud. auct. poff.*

V. Ex licitatoribus quis alio potior habeatur in auctione, de eo ita fcriptum eft in *L. cum bona, D. eod* Cum bona veneunt in comparatione extranei, & eius qui creditor, cognatufve fit, potior habetur creditor, cognatufve. [4] Magis tamen cre-

1) Et quidem Cuiac. *ad Nov.* 53. *Parte* 3. *p.* 193. (& eius verbis Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab Tract.* 7. *Q.* 1.) ita vendi univerfa docet, ut nec quod fupereft reddatur debitori, quia hoc certis folum perfonis datum fit *L.* 7. *§.* 13. *Quib. ex cauf. in poff.* Verum iniqua hæc feveritas, ni certiori auctoritate adftruatur, fides Cuiacio temere non habenda. Quippe ex *d. §.* 11. fat firmo argumento id non adftruitur. Neque enim opinor, ibi ratio Iurifconfulti in ver. *quia hominis* ad hoc redditur quod fuperfluum reddendum, fed ad priora & id quod principaliter *d. §.* 11. deciditur, nimirum bona furiofi ut veneant, plura requiri, quæ non æque in venditione bonorum debitoris latitantis neceffaria.

2) Vid. Vander. *de Priv. credit. C. I.* ubi oftendit fæpe Clariffimorum virorum, quibus ftatuæ pofitæ, bona creditoribus non fatisfeciffe, veluti Agrippæ Menenii Liv. *Lib.* 2. cui fumptus funeri curando defuerunt.

3) Publice ac palam, ritu folemni, hafta in foro pofita. Unde ea publicæ auctionis vis, ut nullus certior firmiorque acquirendi fit modus. Quod hoc ritu populus data fide publica earum venditionum evictionem belli armorumque periculo, in fe reciperet, Hot. *Conf.* 23. *n.* 1. Confer. Cagnol. *in L.* 2. *§. cumque Confules* 27 *de O. I. n.* 398. (ubi plura de haftæ ufu familiari Romanis domi ac militiæ, in honorem forte Romuli qui ab hafta Quirinus & inde Quirites) P. Greg. 47. *Synt.* 24. *n.* 9. Damhuder. *Subhaftat. exegefi C.* 1. *n.* 10. *& feq.* Goth. *ad Rub. C. de fide & iure hafta fifc. Lib.* 10. *tit* 3. Adhibebatur vero in his auctionibus præco, qui pretium auctionemque proclamabat ex Plauto *in Sticho, &c.* Marq. Freher. 2 *Parerg.* 20. Sectores vero dicti qui emebant, Philip. Beroald. *Annot. C.* 85. Qui digito fublato fe emptores profitebantur, vid. Francifc. Mod. *Novantiq. Lect. Epift.* 105. Licitari vero & auctionari, ut differant, & quod prius non fignificet pretium augere, vid. Franc. Philelphus *Epiftola ad Iacob.* Puteum *in Centuria Epift. Philolog. eft Epift.* 12. Cædere antiqui pro auctione diftrahere, Ioan. Sar. Zamofc. *Lib.* 2 *de Senatu Romano p.* 117. De folemnibus fubhaftationis Damhuder. *d. Tract C.* 3. *&* 4.

4) Ut & creditor facilius fuum confequatur & commodius compenfatione liberetur debitor, quæ eadem ratio fuadet præferri eum cui maius creditum, P. Vander *de Privil. cred. C.* 12. Ad hæc creditorum negocium potiffimum geritur, quibus, poftulantibus bona venduntur, A. Fab. 5. *Conf.* 15. Obiic. Immo tunc demum admittitur creditor, fi alius non exiftat, vel non dignum pretium offerat *L.* 2. *fi in ca. iud pig.* Refp. Vandecan. *d. L.* 12. hoc definiri *d. L.* 2. quod ifto cafu creditor emere debeat, ac ordine debito obfervato in folutum accipere cogatur. Non inde recte inferri dato extraneo creditorem arceri. Melius A. Fab. 5. *Conject.* 15. Quando diftrahuntur bona, creditor ad licitationem non admittitur, quamdiu

creditor, quam cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.

diu alii emptores adsunt *d. L. 2. C. si in ca. iud. L. 3. C. de execut. rei iudic. L. ult. §. fin vero 2. C. de iur. dom. imp.* Licitatione tamen facta ab aliis, creditor habet ius prælationis, si ipse eodem pretio, quod maximum alius offert, rem habere velit iuxta distinctionem *d. l.* 16 Quippe tunc nihil interest debitoris, & nihil ei deperit, quicunque rem consequatur. Ibidem Faber interpretationes gl. duas reprobat (1. Quasi *d. L.* 16. de addicendis bonis tractet, velitque ut si creditorum alii cognati, alii extranei, illi ut his præferantur. Nam immo aliud est venire seu vendi bona: aliud addici, ubi deficit emptor, & extraneus *d. L.* 16. qui neque creditor neque cognatus. (2) Si inter creditores disputetur an bona vendenda sint, quorum sententiam sequi oporteat. Id enim plane non convenit verbis aut menti legis. Plane, quod, ibidem Faber contra Bartolum & DD. comm. contendit in comparatione creditorum non præferri eum qui & creditor & cognatus, ei qui creditor tantum, in eo haud penitus illi assentior. Potentius, ait, est ius crediti. Neque cum de privilegiis creditorum quæritur, ius cognationis iuri crediti quidquam addit. Nullum denique verbum *d. L. 16.* quo probetur potiorem caussam esse creditoris ac cognati simul quam creditoris solum, quia non coniunctim, sed disiunctim loquitur. Vis forsan his aliqua, ubi alter, non cognatus, maioris pecuniæ creditor, si excessus non mediocris. Ast si æquales ambo in cumulo debiti, vel alterius summa parum excedat, nonne maior ratio pro altero cognato, ut potior sit, qui duplici quam qui una caussa nititur. Nam & alias affectioni cognatorum in res forte avitas & bona maiorum iura indulgent *L. 35. de minor.* Movemur enim ut Cic. 2. *de LL.* nescio quo pacto locis ipsis in quibus eorum, quos diligimus, adsunt vestigia, Vander. *supra d. C.* 12. Confer. *not. supra Lib.* 21. *C. 9. N.* 1. Præcipue autem cognatorum ratio habenda, ubi bona defuncti, veneunt, cui metu onerum nullus heres extitit, ceu *d. L.* 12. accipit Vanderan. *d. loc.* Confer. Moll. 2. *Semestr.* 29. *n.* 3 Andr. Sceffer. *P.* 1. *Q. Pract.* 18. *&* *P.* 2. *Q.* 16. Et de *d. L.* 12. sensu vide quoque Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q. principali* 23.

C A P. X V.

De privilegiis creditorum in bonis, quæ distrahuntur: & ad hunc Titulum Digestorum.

Continuatio. Hoc loco quæri de creditoribus Chirographariis; & quis eorum alteri præferatur. I.

Hos esse illis potiores, qui aut privilegio utuntur, aut habent bonorum separationem. Quod hic privilegium. II.

Privilegia æstimari non tempore, sed caussa, quid sit. Nomine caussæ quid veniat. III.

In privilegii caussa spectari aut personam, aut rem, aut utrumque. IV.

Persona *duplex, Fiscus & Respublica. Quando Fiscus privilegio non utatur.* V.

Ad caussam *pertinet omnis impensa funeris.* VI.

Item pecunia credita ad navem construendam, armandam aut emendam. VII.

Item credita in domus refectionem. An pecunia, qua empta res est, habeat, hoc vel aliud privilegium. VIII.

Item deposita apud mensam, cum de mensularii bonis agitur. IX.

Item data eo consilio ut perveniret ad creditores privilegiatos. X.

Ad utrumque *spectat pecunia, seu res in dotem data; si tamen agat mulier.* XI.

Quid si prioris uxoris filii in repetenda matris dote concurrant cum agente noverca. XII.

Item mala administratio rerum pupilli, furiosi, surdi & muti; si hi tamen agant, non heredes. XIII.

Curator bonis absentium datus non utitur privilegio. XIV.

Inter privilegiatos præfertur omnibus mulier in caussa dotis; etiam Fisco: qui excipiantur. XV.

Fiscus excepta muliere, cæteris, etiam impensæ funeris. XVI.

Qui fisco succedant ordine privilegiati. XVII.

Ordo qualis inter reliqua id genus privilegia. XVIII.

Ordinem esse inter privilegiatos ex diversa non ex eadem & pari caussa. XIX.

Exceptio. XX.

I. SI bonis distractis plures sint creditores, neque bona simul omnibus sint solvendo, nemo ignorat multum interesse, uniuscuiusque creditoris anteponi ipsum cæteris, & præcipere de bonis, quod sibi debeatur. Proinde an sint, qui aliis præferantur, & qui sunt, quæritur. De chirographariis quæro (sic enim vocantur hi, quibus ex chirographo tantum sine pignore pecunia debetur. *L. penult. D. de reb. auct. iud. poss. & tit. C. si ob chiro. pec.*) Aut iis qui res alioqui obligatas non persequuntur. Nam si quibus pignus datum est, & hypothecaria agant, certo iure utimur, ut, si soli sint in pignore, rem obligatam soli auferant a possessore, non tan-

tantum bonis debitoris possessis, sed etiam nec possessis, nec distractis: & si plures in pignore concurrent, is iure potior sit, qui tempore prior est. *§. item Serviana, Inst. de action. L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pignor. L. 2. & 3. C. qui pot. in pig.* De pignore, inquam, deque iis, qui aliquid suo iure vindicent, hoc loco non quæritur: [1] sed de iis, qui sibi aliquid deberi, idque ut sibi solvatur præ cæteris contendunt.

II. Et ut sine pignore alii aliis potiores sint, duæ res faciunt, Privilegium, & bonorum Separatio. Privilegium est ius sine pignore ante alios exigendi.

III. Quibus sit privilegium, docet Paulus in *L. privilegia, 32. D. de reb. auct. iud. poss.* his verbis: *Privilegia*, inquit, *ex tempore non æstimantur, sed ex caussa*. Quod dicit, privilegia ex tempore non æstimari, habet hanc sententiam: neminem ideo privilegium exigendi habere, quia prius contraxerit: neminem, quia tempore prior sit, ideo iure exigendi esse potiorem, ut in pignore. Quod dicit privilegia æstimari *ex caussa*, hoc significat; dari privilegium si caussa sit, & ratio, cur huic potius detur, quam illi: quanvis is, in quo hæc caussa hæret, postea contraxerit: hoc sentio, caussam hic non debere accipere nos rem, & negotium contractum, ut interdum alias solemus, ut cum dicimus, Beneficia & privilegia quædam caussæ esse, quædam personæ. *L. privilegia, D. de reg. iur. L. exceptiones, D. de except.* Non enim verum est, privilegio exigendi nihil locum facere, nisi rem & caussam, de qua contractum est; cum propter solam conditionem personæ interdum privilegium detur, ut mox dicam. Sed caussa hic intelligenda est, caussa privilegii, id est ratio, cur privilegium sit datum: sive [2] in eo favor rei versetur, sive personæ creditoris, sive pariter utriusque.

IV. Et quidem ita se res habet, ut in caussa privilegii (quando hanc requirimus) quibusdam privilegium ob personam detur: ut hæc idonea caussa sit; cur detur, quia creditor sit ista aut ista conditione personæ: quibusdam ob rem, & caussam, de qua agitur, quæ ipsa videatur digna privilegio. Quibusdam coniunctim ob rem, & personam: ut neque persona satis sit ad privilegium nisi in certa caussa nec caussa ipsa prosit, nisi certæ personæ, quæ lege aut edicto demonstrata est: utraque res coniuncta ad rationem privilegii videatur satis.

V. Personæ, quibus privilegium datur, duæ sunt: Fiscus, & Respublica de fisco est in *L: quod quis, 34. D. de reb. auct. iud. poss.* de Republica in *L.* [3] *penul. D. eod.* De fisco non mirum; ut qui habeat semper etiam ius pignoris in rebus omnibus debitoris. *L. aufertur, §. fiscus, D. de iur. fisci.* Sed ita privilegium habet fiscus, ut hoc in [4] pœna contra creditores non exerceatur: placuit enim fisco non esse pœnam petendam nisi creditores suum recuperaverint. *L. quod placuit, D. de iure fisci Cod. pœn. fisc. creditor. præf.* Caussæ & res de quibus agitur, quæ habeant privilegium, sunt quinque. VI.

1) Multum differunt ius prælationis & ius tacitæ hypothecæ, Anton. Fab. 6. *Err. Prag.* 1. ubi contendit tacita hypotheca munitum omnibos chirographariis, privilegiarii licet & anteriores sint, præferri. Cæterom de hac feraci materia (cum lites de prioritate tam familiares sint, in Curiis Germaniæ, quam obsonium in prandio, ut ait Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 15.) quæ hic omissa ex *Tract.* Petri Vanderani *de Privil. cred.* & Herman. Meirer. *de Præferent. credit.* add. Mynſ. 1. *Obſ.* 60. & Gail. 2. *Obſ.* 25. Io. Bapt. Asin. *Tr. de Exec.* §. 7. Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 2. *Q.* 6. Io. Koppen. *Q.* 28. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 28. *P.* 1. & 1. *Semestr.* 25. & *seq.* & *Cap.* 28. Beust. *ad L. admonendi* 31. *de iurei. n.* 969. *p.* 667. & *seq. &c.* Coler. *Dec.* 137. & 279. *Conſ. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. *Q.* 7.

2) Aliter P Vand. *de Priv. cred. C.* 2. qui *d. L.* 32. de solis personalibus privilegiis accipit, non etiam de his, quæ caussæ dicuntur *L.* 196. *de R. I.* vulgo realia, in quibus non caussam, sed tempus spectari dicit. Exemplum *d. L.* 32. ponit in *L.* 7. §. *ult. Depoſ.* Confer. Arn. de Reiger. *Tract. meth. ad L. priv.* 196. *de R. I.*

3) Quod de Romana solum non alia intelligit Forn. 2. *Sel.* 22. *per L.* 10. *ad Municip.* Sed *d. L.* 10 hoc solum probat quod non sit idem eius ius quod fisci. Maior enim huius favor, cum pluribus civitatibus & provinciis usus eius communicetur, & ad omnes provincias populi Romani extendatur, quam Reipublicæ cuius commoditas intra suos, se cives continet, Vander. *Tr. de Priv. credit. C.* 10 Hinc ios pignori taciti Reipublicæ negatur *L.* 2. *C. de iure reip. Lib.* 11. *tit.* 29. Dum vero ibidem additur caussam eius non separari, &c. creditores eos intelligit Imperator quibus & personalis actio & privilegium personale: Id enim solum ibi propositum Imperatori caussam reipublicæ separatam esse ab hypothecariis creditoribus. Quippe de eo, & num ius pignoris esset, Reipublicæ quæsitum erat, Sed num huic ius pignoris tributum in *L.* 2. *Cod. de deb. civit.* Negatur. Alias enim non post debitoris inopiam demum, nec pro rata ii, ad quos venerunt bona debitoris, tenerentur, sed statim in solidum. Obnoxia vero corpora seu res alienatæ dicuntur, non quod civitati hypothecæ obligatæ, sed quia non possunt non videri obligata eius bona qui in multorum ære est, ita Vanderan. *d. C.* 10. Hoc pertinet *L. Antiochensium* 37. *de reb. auct. iud.* de cuius lectione & intellectu vid. Alcia. 1. *Dispunct.* 11. Cuiac. 10. *Obſ.* 35. & 10. Responſ. Papin. *ad eam L.* Elb. Leonin. 6. *Emend.* 13. Connan. 4. *Comm.* 16. *n.* 2. & 3. Vanderan. *d. Tr.* C. 9.

4) Non tantum quia pœnæ odiosæ, Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisd. C.* 8. *n.* 23. sed & quia tunc lucrum captans ut cedat de damno vitando sollicitus æquum est. Ad hæc bonorum publicatio ita accipitur, ut æs alienum deducatur *L.* 72. *de iure dot.* cum bona dicantur deducto ære alieno, Forner. 3. *Sel.* 19. Quod fisco idem ius Ecclesiæ (quæ gaudet omnibus privilegiis fisci, Tiraq. *Priv. pia caussa* 143.) Mod. Pist. *Q.* 129. ubi pluribus firmat Iac. Schult. Sed de tacita hypotheca fisci vide Don. *Tr. de pignor.* 5. ubi aliquando dicam. Apparet autem hinc mentem Donelli eam esse quod & hypothecæ iure reali munitus, eo relicto concorrere creditoribus personalibus possit, vid. *infra C. ult. N.* 11. verſ. *Ad* 3. resp. *&c.*

Digitized by Google

VI. Una est omnis caussa in qua de [5] funeris impensa, id est de eo, quod in funus defuncti impensum est, agitur, quam creditor de bonis quæ possessa & distracta sunt, consequi velit: ita ut nihil intersit, an creditor ideo eam repetat de his bonis, quia eum, cuius hæc bona fuerunt, funeraverit: an ideo, quia eum funeraverit, cuius funerandi cura ad dominum eorum bonorum pertinet, cum quo eo nomine agi potuit, *L. quæsitum, D. de reb. auct. iud. poss.* ad quos pertineat cura funeris, & a quibus repeti possit hæc impensa, petendum est ex Titulo *D. de relig. & sum. funer.*

VII. Altera est caussa pecuniæ creditæ, quæ in navem exstruendam, vel instruendam, armandamve, vel etiam emendam sit credita. *L. qui navem, 26. L. quod quis, 34. D. de reb. auct. iud. poss.* In navem nominatim dictum est, non etiam in res cæteras, ut hoc marium, non etiam aliarum rerum exstructioni & emptioni datum intelligamus: nec abs re. Navium enim extiructione, earumque numero, & robore salus & præsidium Reipublicæ maxime continetur. Nam nec sine his bellum mari gerere, nllove modo adversus vim, & incursus hostium aut piratarum mari ingruentium tuti esse possumus: & earum ad res ad vitam utiles in civitatem importandas, indeque avehendas, omnisque omnino generis commercia exercenda, sine quibus Respublica stare diu non potest, necessarius est usus; quorum nihil in prædio, aut ædibus aliisve rebus dici potest.

VIII. Tertia caussa superiori finitima est, pecuniæ ob restitutionem ædificiorum creditæ. *L. si ventri, §. 1. D. de reb. auct. iud. poss.* In qua specie quæ ratio privilegio caussam dederit, & quam hoc observandum sit, quod dictum est, ob restitutionem, non ob emptionem, instructionemve ædificiorum, docui sub commentario de pignoribus sub *Tit. in quib. caus. pign. tac. contr.* Scio videri quibusdam, Iustinianum in *Novella 97. 1. §. cæterum.* Constituere, quæcunque res emptæ sunt ex pecunia alterius, eos privilegium habere, qui pecuniam in eas res crediderunt. Sic enim eius verba sunt: *In omnibus enim hisce posteriores creditores, quorum pecuniis res vel comparatæ vel renovatæ sunt, potiores sunt his, qui vel multo antiquiores sunt.* Sed quid proponat Iustinianus eo loco, spectandum est. Instituitur illic sermo de hypothecis quibusdam, quibus ait privilegia esse concessa, ut posteriores cum sint: tamen antiquioribus creditoribus præferantur: quorum in numero recenset illos, quorum pecunia res empta est. Sic res habet, ut hypotheca constituta prærogativam temporis habeat, quanvis posterior, si pecunia posterioris creditoris hypotheca empta sit: quia sine ea pecunia non esset res priori ne obligata quidem. Hypotheca autem non constituta, quemadmodum is cuius pecunia res empta est, hypothecam in ea re non habet, multo minus habebit privilegium temporis in eam rem: cum privilegium non in re sit, sed in persona. Sed meminerimus, privilegium dumtaxat exerceri in ea pecunia, quæ refecta sit ex venditione rei, quæ ita empta aut servata erit. *d. Novell. 97. §. his consequens,* vers. *quæsitum.* Neque enim æquum est, longius progredi privilegium, quam patet ipsius privilegii caussa, arg. *in L. quod dictum, D. de pact.*

IX. Quarta est eius pecuniæ quam quis apud mensam fidem publicam secutus deposuit: si de bonis mensularii agitur. *d. L. si ventri, §. in bonis, D. eod.*

X. Quinta eademque postrema est pecuniæ eius, quæ ita data est ut ad creditores privilegiarios perveniret, & pervenit. *L. 2. D. de cess. bon. L. si ventri, §. eorum, D. de reb. auct. iud. poss.* Id est quæ creditoribus privilegiariis soluta est, ut inde debitor liberaretur: nec intererit, an quis dederit eam pecuniam ipsis creditoribus privilegiariis: an prius debitori, a quo deinde debitoribus sit numerata: dummodo id non post aliquod intervallum factum sit. *d. L. si ventri, §. ult.*

XI. Caussæ, quibus ita privilegium datur, ut simul in ea caussa detur & personæ, genere duæ sunt: Una est pecuniæ & rei in dotem datæ: hæc sive nuptiis secutis, ac deinde soluto matrimonio repetetur dotis actione, sive his non secutis condicetur tanquam ob caussam data, caussa non secuta: habet caussa utro-

que

5) Quia enim magna funerum cura veteribus, merito hæc privilegia indulserunt, sine quibus, vel creditores sæpe debitis, vel mortui iustis honoribus fraudarentur, Vander. *dict. Tr. Cap.* 3. Quem de hoc funeratiæ actionis privilegio consule uti & Forst. *de Iurisd. Rom. P. 1. Lege Numa 6. n. 61. & 2. seqq.* Fachinæ 12. *Contr.* 49. Io. Garsia Gallecus *de Expens. Cap.* 8. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 3. 4. 5. Io. P. Surd. *Decis.* 112. *&* 255. Coler. *Dec.* 199. *& seqq.* add. *h. C. N.* 8. Idem in pharmacopœo statuit Maynard. *Lib.* 2. *Decis.* 47. quoad medicamenta, item quoad impensas in medicos & chirurgos, aut in purgationem ædium peste infectarum. Sed id *Decis. seq.* 48. in pharmacopæo restringit ad medicamenta morbi illius quo quis decessit, quæ funerariis sumptibus æquiparari scribit, non autem alia.

Digitized by Google

que modo privilegium. *L. quæsitum*, *§. ult. D. eod.* Sed habet hac lege, si mulier ipsa agat, cuius nomine dos data erat: alius hanc pecuniam repetens suo nomine, hoc privilegio non utetur: *dabimusque*, inquit Ulpianus, *ex his caussis mulieri ipsi privilegium*. L. dabimusque. *D. eod.* recte, *mulieri ipsi:* alii enim non dabitur: quoniam habet privilegium huius caussæ hanc rationem; quod interfit Reipublicæ mulierem solidum consequi, ut possit postea nubere. *L. interest*, *D. eod.* quæ ratio ad alios non pertinet.

XII. Si tamen prioris uxoris defuncti filii dotem a matre datam repetant, concurrantque cum noverca, altera patris uxore, quæ & ipsa marito mortuo dotem suam repetat a mariti heredibus: placuit Iustiniano filios prioris matrimonii novercæ filiis præferri; ut quod viventi eorum matri tribueretur, hoc & ea mortua tribuatur eius liberis. *L. ult. §. exceptis*, *C. qui pot. in pig. habean.*

XIII. Altera huius generis caussa est ea, in qua de administratione agitur rerum ad eos pertinentium, quibus ipsis tutor, aut curator datur, in quorum numero sunt [6] pupilli, furiosi, prodigi, surdi, muti, fatui, *d. L. dabimusque*, *§. ult.* & *LL.* seqq. *D. eod.* habetque hæc caussa privilegium, non tantum si quis istorum negotia negotiumve tanquam tutor aut curator gesserit; sed etiam si gesserit ex officio amicitiæ. *L. si negotium*, *D. eod.* Verum ita ex hac caussa agendi privilegium est, si is agat, cuius negotia gesta sunt, ut puta, dabitur pupillo, furioso, & cæteris similibus: at idem ad istorum heredes non pertinet: *d. L. dabimusque*, *§. ult.* ut appareat in eo & caussæ, sive rei, & personæ simul habitam esse rationem. Pupillus furiosus, & similes favore, & auxilio digni sunt: sed non ita ut id cæteris creditoribus debitoris nocere debeat; nisi superscriptæ personæ de damno rerum laborent adversus eos, qui rem susceptam ex fide, & officio non sunt exsecuti. Quod fit, cum eorum negotia administrata sunt, de qua administratione nunc agunt.

XIV. Eos dixi, quibus ipsis curator detur. Nam si qui sint eiusmodi quibus præsentibus non detur curator; absentibus autem ipsis, detur curator eorum bonis, ne per absentiam dominorum bona aliquid detrimenti capiant (quod quando fiat, dicam paulo post, sub Titulo de curatore bonis dando) hi ex superiore caussa privilegium non habent: *L. idem privilegium*, *D. eod.* scilicet, non est ea istorum persona, quæ mereatur favorem, ut superiorum.

XV. Etiam inter privilegiarios alii aliis [7] potiores sunt caussa. Præfertur omnibus mulier in caussa dotis, ut est nominatim a Iustiniano constitutum in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Itaque etiam fisco ipsi, ut constitutionis verba satis declarant: quanvis maritus cum fisco prius contraxerit. In quo apparet recessum esse a vetere iure & eo, quod cautum legimus in *L. 2. C. de privil. fisc.* Tantum excepti sunt Novella Iustiniani 97. *§. his consequens*. Ii qui pecuniam crediderunt ad militiam emendam, hac lege dicta, ut qui credebant, reliquis omnibus essent potiores; si modo & negotium gestum sit interposita scriptura, quæ testium habeat subscriptiones.

XVI. Secundum mulierem præfertur cæteris omnibus fiscus. *L. quod quis*, *D. de reb. auct. iud. poss.* Cuius caussa ideo præcipua, quia publica. Scriptum quidem est in *L. penult. D. de relig. & sum. fun.* impensam funeris solere omne creditum etiam præcedere; cum bona solvendo non sint: sed hoc dictum non excludit fiscum, nec quemquam alium qui privilegium habeat. Tunc enim proprie dicitur præcedi creditum cum cæteri creditores ad exactionem solum creditum obtendunt. Sane vero funeris impensa præcedet eiusmodi omne creditum, in quo nihil nisi creditum allegatur: at fiscus non creditum solum obtendit, sed una etiam privilegium suum, & in summa, impensa funeris omne creditum præcedit, ut creditum duntaxat: omne privilegium nequaquam. Et sane cum fiscus habeat etiam [8] ius pignoris in bonis debitoris, par est, ut

6) Quod pupillus olim non habuerit ius tacitæ hypothecæ in bonis tutoris, sed prælationis tantum docet A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ.* 3. *Illat.* 11. Sed de hac & præcedentibus caussis cumprimis autem dotis, & an mulier potior hypothecariis anterioribus plenius aliquando alibi.

7) Alius ordo apud nos, ex *Nov. Elect. Augusti* 28. *P.* 1. ubi merces familiæ debita vulgo *Liedlohn* omnibus præfertur. Quo de vid. omnino Hart. Pist. *Lib.* 1. Q. 8. Col. *Dec.* 200. *n.* 6.

8) Add. *supra Lib.* 14. *C.* 7. *n.* 19. *N.* 30. Convenit ac confirmat Vander. *d. Tr.* C. 3. Ast immo funeris caussam potiorem esse tacita hypoteca probat aperte *L.* 14. §. 1. *de relig. & sum. fun.* iunct. *L.* 4. *L.* 6. *pr. In quib. ca. pig. tac. contr.* Coler. *Decis.* 260. *n.* 2. *& seqq.* Nec desunt qui de expressa idem statuunt, quos citat & sequitur Forst. *de Iurisd. Rom.* 1. *p. l. Numa* 6. *n.* 65. Et inde firmat Timæ. Fab. 1. *Annot.* 5. quia uti a sepultura arceri nequeunt creditores, ita compelli possunt ad eum de suo funerandum. Omnium igitur ex æquo negocium gestum a funerante, qui fecit ne bona funeris caussa minuerentur. Ad hæc nec in expressa hypotheca veniunt ea, quæ in *L.* 6. *&* 7. *de pig.* Multo autem iustior funeris caussa. Quin & scholasticos in debitis caussa studii contractis, præferri aliis, quibuscunque mulier in dote, per *L. assiduis ult.* §. 1. C.

ut qui in rem ipsam potior est, is & tunc potior sit, cum agit in personam.

XVII. Post fiscum inter privatos proximo loco privilegium habent, qui alicuius rei emendæ, restituendæ, aut instruendæ caussa pecuniam crediderint. *d. L. quod quis, D. de reb. auct. iud. poss.* Quod semper, ut ante monui meminerimus dictum esse de privilegio in ea pecunia exercendo, quæ ex venditione supra scriptarum rerum redacta sit. *d. Novell. 97. §. his consequens.*

XVIII. Post hos actionem de funeris impensa admittemus, ut sic ea non privilegium, sed creditum omne, quod sine privilegio sit, præcedat. *d. L. penul. D. de relig.* Post omnium privilegia extremus locus est ei, qui apud mensularium pecuniam [9] deposuit. *d. L. si ventri, §. in bonis, de reb. auct. iud. poss.* Quod ad eum attinet, qui pecuniam dedit, ut ea ad privilegiarium creditorem perveniret, monendi sumus eum nullo proprio iure uti; sed in eius privilegiarii locum, ad quem pecunia pervenit, succedere. *L. 2. D. de cess. bono.* Eo fieri, ut quo iure, quove loco fuerit is, cuius in locum succeditur, eodem iure & loco habeatur is, qui successit. Unde eveniet, ur conditione prioris creditoris, mudo his, modo illis præferatur.

XIX. Hæc, quæ de prærogativa creditorum inter ipsos dicta sunt, locum habent inter eos duntaxat, qui ex diversis caussis agunt. Nam si plures sint privilegiarii eiusdem tituli, idest qui ex eadem caussa privilegium usurpent: ut si plures pecuniam crediderint ad navem reficiendam, plures pupilli aut adolescentes de administratione tutelæ, aut bonorum suorum agant; diserte Paulus definit in *d. L. privilegia, de reb. auct. iud. poss.* istos concurrere, nec alium alii [10] præferri, quamvis prius crediderit. In quo Iustinianus hanc speciem excepit. Nam si proponas eundem duas uxores duxisse diversis temporibus, eoque mortuo exstitere filios prioris matrimonii, qui dotem a matre sua datam repetant, simul & eorum novercam, quæ item dotem repetat a se datam; constituit Iustinianus ut illi anteponantur novercæ, & ex tempore scilicet prærogativam habeant. Hoc in *L. ult. §. exceptis, C. qui pot. in pig. hab.* In qua constitutione diligenter observandum est, hoc privilegium filiis prioris matrimonii nominatim dari adversus novercas.

XX. Ex quo colligemus, si alii heredes prioris uxoris dotem ab ea datam petant, & cum secunda uxore veniant, eos nequaquam eodem iure usuros: & merito.

Nam

1. C. *Qui pot. in pig.* ibi *quis enim non misereatur earum*, iunct. *auth. habita* ibi: *quis enim eorum non misereatur C. Ne fil. pro patre*, Horat. Lucius *Privil. scholar.* 34. Rebuff. *Priv. schol.* 118. Et pro creditis his bona debitorum tacite hypothecata esse, cum eodem privilegio prælationis quod est doti, post alios citatos Petr. Barbosa *ad L. 9. sol. matrim. Parte 7. n. 25.*

9) Immo huius caussa potior ante privilegia *L. 7. §. 2. depos.* Quæ gravis antinomia, etsi utraque L. eiusdem auctoris. Duar. *ad tit. D. depos. C.* 4. Resp. regulariter ante privilegia *d. L. 7. §. 2.* quoties nempe dominium non transfertur: Quoties autem transfertur, (ut in specie *L. 24. Depos.*) post privilegia *d. L. 24. §. 2.* Pac. 4. Q. 79. distinguit an depositarius in rem agat *d. L. 7. §. 2.* an in personam *d. L. 24. §. 2.* Et Ant. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. si res exstat & vindicatione repetitur, non cogitur de ordine cum cæteris litigare, quia non ut creditor agit, sed ut dominus. Ast si non exstet vel exstet quidem sed depositi actione, forte dominii probatione non suppetente, repetatur, de ordine illius inter reliquos creditores disputari. Convenit Forner. 3. *Sel.* 8. quia ait *d. L. 24. §. 2.* post privilegia potior ratio eorum, qui fidem publicam secuti, & ita generi per speciem derogatur. Et ratio differentiæ personalis actio depositi a die initi contractus nata eiusdem demum competere in depositarium cœpit, ideoque posterior obligatio anteriorum creditorum ius non tollit. Contra rei vindicatio cum res exstat, quæ ubi sit, domini manet, nec veteribus depositarii creditoribus pignoris iure obnoxia, in qua non de contractu, sed de dominio quæritur. Atque hæc sane actionis realis & personalis distinctio in *d. L. 24. §. 2.* habetur. Verum *d. L. 7. §. 2.* non distinguit, quin titulus sub quo locata est, arguit de actione depositi & ex contractu ibi tractari. Quare magis placet, quod Timæ. *Fab. 1. Ann.* 7. distinguit num pecunia obsignata deposita, ut idem corpus in specie restitueretur. De quo loqui *d. L. 7. §. 2.* arguit, *L. seq.* 8. Ubi vocatur fraudator, qui dici nequit, si quantitas vel ut tantundem in genere redderetur concredita. Sed *d. L. 24. §. 2.* accipitur ubi convenit tantundem in genere reddi, quo casu dominium transfertur & in creditum itur. Hic igitur depositi agens post privilegia venit, potior tamen cæteris, quia fidei magis quam commercii causam continent, idque significant verba *aliud est credere, aliud deponere.* Quod vero habetur *d. L. 24. §. 2.* vers. *sed enim* de illo genere depositi quo corpora nummorum eadem reddi placuit, accipi vult Timæ. Fab. Qui & *ibid.* redarguit Molinæum, qui supervacuum hoc depositarii privilegium esse censuit, cum vindicando omnes vincere possit. Quid enim si dominii probatio deficiat, depositi autem ceu facilis suppetat, quid si res consumptæ, &c. Confer. Hot. *Cons.* 79. ubi in specie, qua is qui prius alteri omnia bona pignori obligavit ratione mercium acceptarum, res depositas vendidit, nec illæ vindicari possunt; obligatio autem illius qui merces vendidit, non tota præsens, sed solutio in partes divisa, suo cuique tempori attribuitur, deponentis potiorem caussam esse respondit. Depositum vero fictum & confessum solum non gaudere prærogativis veri depositi, docent Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 14. Cagnol. *in L. singularia* 15. *de reb. cred. n.* 33. Cæterum venditori, si dominium transtulit, nec pignoris ius sibi servavit nulla prærogativa, quoad res venditas adhuc exstantes, Gerard. Maynard. *Lib.* 2. *Decis.* 45. Coler. *Decis.* 279. *n.* 6. Excipitur nisi fraude circumventus sit, Maynard. *d. Lib.* 2. *Decis.* 46. Veluti si ante venditionem emptor fugam vel cessionem bonorum meditatus, tunc enim nec fide de pretio habita dominium transit, vid. Gail. 2. *Obs.* 15. *n.* 8. *&* 3. *seqq.* ubi probe notandum monet.

10) Etsi solutum bona fide, antequam alii in possessionem missi, non repetatur *L.* 21. *Quæ in fr. cred.* Coler. *Decis.* 137. *n.* 6. *&* 7. vide citatos *infra C. ult. N.* 8. Cæterum apud nostros ex *constit. Elect. Augusti* vulgo *Torgisch Ausschreiben ann.* 1583. *edita tit. vom Wucher und nachgelassenen Zinsen* in concursu creditorum usuræ ita demum solvuntur prioribus, si omnibus antea de sorte satisfactum. Quomodo & apud suos iudicari refert Maynard. *Lib.* 2. *Decis. Tolos.* 32. quia sorte recepta nihil perdidit, quo ad reliquum de lucro solicitus postponendus ei, qui damnum vitare satagit. Aliud tamen in usuris pretii non soluti statuit Moller. 1. *Semestr.* 28.

Nam ipsi privilegium quidem habent in dote, ut mulier habuit, cum sit hoc, ut supra dixi, privilegium personale. Itaque non modo illi heredes non præferentur sequenti uxori in dote exigenda: sed ne concurrent quidem cum ea, quasi eiusdem tituli sint; cum sequens uxor non tam in privilegio dotis sit prior quam sola.

C A P. XVI.

De separatione bonorum quæ distrahi oportet ex edicto. Ad hunc Titulum Digestorum.

Nexus & continuatio; rerumque partitio; quid sit separatio bonorum. I.
In tali separatione spectari 1. *An quis illam postulanti sit debitori; quando sit talis, aut secus.* II.
2. *An creditores utrinque cum debitore contraxerint omnes, an aliqui dumtaxat. Quid priore casu.* III.
Exceptio, eiusque modificata ratio. IV.
Quid: cum alii creditores contraxerunt cum debitore, alii secus: aut hi cum diversis debitoris decessoribus. V.
3. *An bonorum separationem defuncti sui debitoris postulent creditores hereditarii; an vero creditores heredis postulent bonorum huius separationem. Et quid in utroque casu.* VI.
Exceptio posterioris casus. VII.
Separationem bonorum eius, qui cum diversis creditoribus vice fungatur & decessoris & heredis, qui talium creditorum semper obtineant, & qui adversus unos recte, adversus alios non ita. VIII.
Separatio bonorum excluditur eorumdem confusione aut distractione; & quomodo. IX.
Item voluntate creditoris, aut tempore. Hoc cuiusmodi. X.
Separatio prævio decreto a superiore Magistratu impetranda. XI.
Quid bonorum separationi consequens. XII.

I. Quod assequuntur creditores privilegio exigendi, ut aliis prælati videlicet citius, & uberius suum teneant: hoc consequuntur & separatione bonorum debitoris; cum ex his certa quædam separantur a cæteria & ipsis attribuuntur, unde præcipiant soli, quod sibi debetur, cæteris creditoribus exclusis. Quibus creditoribus quorum bonorum & quanta separatio ista concedatur, videndum est. Nam neque tribuitur omnibus, neque omnium bonorum, neque semper cum quæritur, quis separationem bonorum impetrare debeat.

II. Ante omnia spectandum est, utrum debitor, de cuius bonis agitur, postulanti separationem, aliquid debeat, an nihil. Cum is, de cuius bonis agitur, nihil debet, sic statuatur, eum frustra postulare sibi bona aliqua separari, quæ separata non possit distrahere, ac ne possidere quidem. Finge unius debitoris bona ad alium, qui & ipse aliis debeat, esse translata ex emptione, donatione, aut alia iusta caussa, ex qua res singulæ transferuntur. Non ideo prioris debitoris creditores recte postulaverint separationem eorum bonorum, quæ olim debitoris sui fuerint. Non enim amplius ea bona sunt illius: sed eius in quem postea sunt translata. Hic autem prioris illius debitoris creditoribus non est obligatus. Atqui si cuius debitoris defuncti bona ad alium, qui & ipse habeat suos creditores, perveniant iure hereditario, defuncti creditores iure postulent separationem bonorum eius, ut infra dicetur. Cur hæc tam varie? quia eam separationem sibi concedi postulant in bonis, quæ nunc heredis esse cœperunt. Ut autem ipsis olim defunctus, sic iisdem nunc heres obligatur.

III. Cum hi postulabunt separationem bonorum, quos constet creditores esse ius de cuius bonis agitur, secundo loco considerandum erit, utrum tam hi, qui postulant, quam hi adversus quos postulatur, omnes cum debitore ipso contraxerint, eorumve decessores, an vero alii cum eo contraxerint, alii non contraxerint. Si omnes creditores, inter quos res agitur, contraxerunt cum ipso debitore, nulli adversus cæteros datur bonorum certi alicuius

euius temporis, aut certæ conditionis separatio. Ut puta, nulli datur separatio eorum bonorum, quæ fuerunt, cum ipse contraxit: aut eorum, quæ fuerunt castrensia, idcirco quia tanquam cum milite contraxit, sed omnes, quod ad separationem pertinet, in eadem sunt caussa.

IV. Solum excepti sunt filiifamilias militis creditores, qui cum eo, cum iam miles esset, contraxerunt, quos placuit in castrensibus bonis filiifamilias præferri cæteris eius creditoribus, qui antequam militaret, cum eo contraxerunt, atque ita ea bona a reliquo peculio filiifamilias ipsis separari. Præterquam si cuius ex his pecunia in rem patris versa fuerit; hoc ius cum proprium statuatur in filiifamilias creditoribus. *L.* 1. §. [1] *si filiusf.* & *L.* seq. *D. eod.* Quid de cæteris omnibus, qui pariter contraxerunt cum debitore suo, iudicandum sit, apparet: quamquam eius iuris ratio paulo post melius intelligetur. Quod attinet ad filiifamilias creditores, habet superior exceptio hanc rationem. Est enim æquum creditores eos, qui personam militis ideo secuti sunt, quia bona propria sibi haberet, unde dissolveret, non decipi his bonis sibi ereptis, & in alios, qui non tanquam cum milite contraxerunt, translatis. Et tamen si possit creditor militis cum patre eodem nomine in solidum experiri, & rem servare; recte constituitur non esse, cur cæteris creditoribus noceat non necessaria separatione.

V. Oportet igitur, ut possit esse separationi bonorum locus, ex creditoribus debitoris inter quos de separatione contenditur, alios esse qui contraxerint cum debitore, alios qui non contraxerint: aut certe contraxerint cum diversis, quorum in ius successerit is debitor, cuius bona nunc possidentur; quod nunc accidit, cum is, qui ex persona sua quibusdam debuit, heres extitit ei, qui & ipse habuit suos creditores, aut qui duorum diversorum debitorum hereditates adiit, heres enim non minus obligatur hereditariis creditoribus, quam suis propriis: tametsi cum illis nihil contraxerit. *L. more, D. de adquir. her.* hoc cum proponetur, nondum tamen satis.

VI. Etiam interest, idque tertio loco videndum, utrum hereditarii creditores postulent separationem debitoris sui defuncti, an creditores heredis postulent bonorum huius separationem. Hereditarii creditores impetrant ut bona defuncti, eiusdemque debitoris sui sibi [2] separentur. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* nec interest utrum pure his debeatur, an in diem, an sub conditione. *L.* 4 *eod.* In creditoribus hereditariis numeramus non tantum creditores defuncti, sed etiam eos quibus legatum est: quos etiam impetrare posse bonorum separationem, scriptum est ex Iuliano in *L. penult. eod.* sed ita, ut defuncti creditores prius suum consequantur: cum autem creditoribus solidum acquisitum fuerit: tum quod [3] reliquum est, detur legatariis, ut inde illis vel solidum legatum vel portio quæratur: prout scilicet erit modus eius, quod reliquum est. Hæc enim sententia est Iuliani in *d. L. penult.* in pr. Idem significatur in *L.* 4. in fi. *eod. tit.* Ex contrario heredis creditores, id est ii, quibus actio cum herede primum nata est, non impetrant separationem bonorum heredis. *d. L.* 1. *§. ex contrario.* Cuius rei eodem loco hanc rationem [4] reddit Ulpianus: quod suos creditores onerare potuerit heres, ut

1) Tametsi A. Fab. 1. *Iurispr. 6. Pr.* 5. *Illat.* 3. *pag.* 242. *& seq.* totam decis. *d.* §. 9. Triboniano acceptum ferat. Quam vere aut ex merito alii viderint

2) Ac etsi chirographarii creditores defuncti, ex hoc edicto potiores hypothecariis heredis in bonis hereditatis, arg. *L.* 1. §. 3. *h. t.* Quod obtinere censet, iudicatum referens, Io. P. Surdus *Dec.* 319. *n.* 12. etsi nec petita a chirographario hæc separatio. Nam, ait, ubi iura plurium veniunt in personam onus, quodvis retinet naturam suam, & habetur ac si essent duæ personæ. Quare sicuo si defunctus viveret, ille utique in eius bonis præferretur ita & præferri debet eo mortuo. Enimvero ex mera iuris ratione, cum hereditatis quæ fuerunt bona, heredis aditione eiusdem effecta sint; par esse inde omnium creditorum, tam defuncti quam heredis, conditio debebat; Dispar vero ita demum, si qui ex alterutris hypotheca vel speciali privilegio niterentur. Unde chirographarii ipsius defuncti (nam in hypothecariis eiusdem res expedita, quibus nec mero iure creditores heredis quicunque potiores esse possunt) iacturam facerent debiti indigne, inopi & ære alieno obruto adeunte hereditatem idoneam, ni prætor illis succurreret hoc edicto. Eveniret enim, ut licet defunctus solvendo fuerit, bona tamen eius fiant non solvendo propter concursum creditorum heredis, quibus absque hoc esset, æque ex istis satisfaciendum foret, vid. Cuiac. 27. QQ. *Papin. ad L.* 3. *h. t.* A. Fab 1. *Iurispr.* 6. *Princip.* 5 *Illat* 3. *&* 2. *Err. Prag.* 2. Quid si ipse heres creditor defuncti, num & suum creditum consequetur in separatione, ceu hereditarium? Vid. Io. P. Surd. *Decis.* 92.

3) Confer. A. Fab. *ad L.* 8 § 15 *D de transact.*

4) Quæ rationis ratio? Ita videbitur: Creditoribus heredis imputari potest, quare non prius exegerunt, si postea plures novos creditores nanciscatur debitor, aut quare sibi non per pignora caverunt. Alias nisi contrahendo cum posteriori nocere priori posset debitor, sequeretur semper separationi locum fore, ratione bonorum quæ tum temporis quisque habuit cum contraheret. Quomodo in effectu quasi omnia essent pignori. Contra creditoribus defuncti inique noceret factum heredis, cum quo nec contraxerunt, nec de eo quidquam dum contraherent cum defuncto, cogitarunt A. Fab 2. *Err. Prag.* 2 Plane beneficio inventarii si utatur heres, per illius personam creditoribus quoque propriis consulitur, ne si chirographarii solum sint, concurrentibus defuncti creditoribus & separationem non petentibus, parte debiti excidant. Quo exciderent, etsi bona propria heredis solvendo, si ab eo hereditas, quæ non solvendo, adita, quod his separatio non concedatur *d.* §. 2. Recte tamen A Fab. *d. Err.* 2. erroris arguit, qui inde novo iure edictum hoc Prætoris

sublatum

ut contrahendo cum aliis, sic & adeundo. Nam & adeundo quodammodo cum creditoribus hereditariis contrahitur, *L.* 3. in fin. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Alienis autem creditoribus suo facto nocere non potuit. Unde etiam intelligi potest, cur inter eos omnes, qui cum eo contraxerunt, non sit separationi locus.

VII. Sunt tamen duo genera creditorum heredis, quibus separatio indulgetur, aliis quidem propter personam ipsius heredis: aliis autem propter ipsorum creditorum conditionem. Et quidem heredi quanvis maiori vigintiquinque annis hereditate ab ipso adita interdum succurritur, ut perinde bona testatoris veneant, atque si hereditas adita non esset: hoc autem fit, cum heres suspectam hereditatem dicens, quam restituere rogatus erat, compulsus est eam adire & restituere, ac deinde non reperitur fideicommissarius, cui restituat. *L. apud*, *§. utrum*, *D. ad SC. Trebell.* Hoc ipso casu æquum visum est, & creditoribus einsmodi heredis desiderantibus idem præstari. *L.* 1. *§. quæsitum*, *eod.* Et recte: neque enim ferendum est, quod factum heredis ne ipsi quidem heredi nocet, id eius creditoribus nocere: atque hoc genus separationis ex persona heredis impetratur ab eius creditoribus. Est etiam cum persona creditoris eius locum faciat separationi, quod placuit in patrono hereditatem liberti defuncti, ut sibi debitam petente: qui ut eam uberiorem habeat, desiderat eam separari ab ea hereditate, quam libertus vivus adierat, ne admissis prius creditoribus hereditariis, si reliquum detur patrono, patronus aut nihil aut minimum consequatur: hoc in *L. penult. §. ult. D. eod.* Et sane non debet esse in potestate liberti fraudare patronum, non necessaria onera suscipiendo. Tum autem æquum est, patronum in bonis liberti præferri alienis creditoribus.

VIII. Quod si eveniet, ut idem defunctus cum diversis collatus sit modo heres, modo is, cui succeditur (quod accidit cum Primus Secundum instituit heredem, Secundus Tertium. In hac enim specie Secundus cum Primo collatus heres est, idem collatus cum Tertio, est decessor & is cui successum est) hoc, inquam, si eveniat, in eo supra scripta regula utemur, scilicet ut si Secundi creditores postulent separationem adversus creditores Primi, non impetrent: quia in hac comparatione sint creditores heredis qui separationem postulent adversus creditores testatoris: at iidem Secundi creditores si separationem postulent adversus creditores Tertii, impetrabunt; quia Secundus Tertio sit decessor, Tertius Secundi heres. Adversus creditores autem Secundi & Tertii separationem citra controversiam impetrabunt Primi defuncti creditores: hæc ad hanc sententiam *L.* 1. *§. secundum*, *eod.* Si idem creditor & defuncti creditor sit, & heredis (quod contigit, cum debitor dedit fideiussorem, & fideiussori suo postea heres extitit) tanquam defuncti creditor recte separationem bonorum defuncti petit. *L.* 3. *eod.*

IX. Ex his apparet non in omnibus omnium debitorum bonis postulari posse separationem: sed in duobus generibus dumtaxat: nempe aut in bonis castrensibus filiifamilias militis, aut in his, quæ ante diversorum debitorum fuerunt, nunc unius esse cœperunt ex hac caussa, quod is alteri heres exstitisset: si modo bonorum defuncti sive hereditariorum postuletur separatio. Quæ cum in persona creditoris, & bonis debitoris concurrent, haud dubie statim separationi locus est. Sed sciendum est ut maxime omnia admittant initio separationem, non tamen semper perseverare potestatem eius postulandæ, sed eam certis de caussis excludi. Excluditur autem aut bonorum, de quibus agitur, confusione, aut eorum distractione, aut creditoris voluntate, aut tempore. Bonorum confusione si ita bona hereditaria confusa sunt aut mista cum bonis heredis, ut discerni non possint. *L.* 1. *§.* 5 *præterea*, *D. eod.* Distractione, si heres bona, quorum postulatur separatio, vendidit: multoque magis, si & tradidit: *L.* 2. *D. eod.* non erit in eadem caussa quod pignori tantum de bonis hereditariis obligatum est ab herede. *d. L.* 1. *§. sciendum*, *eod.* Exstat enim id adhuc in bonis, & ubi sit, intelligitur: hic tamen & confusio bonorum, & distractio rata est:

sublatum comminiscuntur. Sicuti & in aliis separatio ista, quæ ex beneficio inventarii contingit, ab hac nostra differt, vid. idem 1. *Iurispr.* 6. *Princ.* 5. *Illa.* 3. *pag.* 240. Quin & Io. P. Surd. *Decis.* 310. *n.* 14. istam non propriam esse separationem ostendit. Quippe inventarii hic effectus: ut impediat, ne bona & iura heredis confundantur cum hereditariis. Et hic itaque potius declaratus immistionem factam non esse, Surd. *d. loc. n.* 17. In propria autem separatione quæ vere antea confusa & commista seiunguntur.

5) In *d.* §. 12. non confusio accipienda, quæ fit iuris potestate per aditionem, eam enim separatio supponit. Sed vera & realis mistio corporum in hereditate cum corporibus bonorum heredis, vid. A. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. *pag.* 46.

est; si ut in *d.* [6] *L.* 2. scriptum est, *nulla fraudis incurrat suspicio*. Etsi enim illic de hereditate vendita agitur, non de confusis, & commistis bonis: tamen ea ratio ibidem reddita est, quæ pariter ad omne factum heredis pertinet. Nam, inquit Papinianus, *quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent;* ex quo eadem opera intelligimus, & cur superiora facta heredis excludant separationem bonorum; fecerunt enim, ut bona iam amplius hereditaria non essent: quod servandum est, & illud præterea ut nihil quod per heredem fraude gestum sit medio tempore, ratum haberi oporteat: fraus in eo est, qui sciens bona defuncti solvendo esse, sua non esse, bona hereditaria nulla necessitate rei familiaris alienavit; quæ in universum in fraudem creditorum alienentur, dicam sub Titulo de iis, quæ in fraudem creditorum alienata sunt.

X. Voluntate sua removetur a separatione creditor, qui sponte heredis nomen & obligationem secutus est, quod is fecisse intelligitur, qui quid cum eo gessit, contraxitve de integro, quod non ad exigendam pecuniam necesse haberet facere: sed quod voluntate eius factum pertineret ad renovandam, & constituendam, differendamque obligationem. Veluti si idem stipulatus est ab eo novandi animo, si pignus accepit, si accepit usuras, non quæ competierant, sed quæ ita sint constitutæ de integro, ut his contentus vellet creditor solutionem expectare: hæc sententia *L.* 1. *§. illud*, *§. item quæritur*, *§. si pignus*, *eod.* Non est in hoc numero is qui [7] iudicium dictavit heredi, quia ex necessitate hoc fecit: sic enim scriptum est in *L. ult. eod.* Id autem valet, non impetrat separationem, qui cum herede iudicio egit de debito: necesse enim habuit id facere, si ad suum ius pervenire vellet; necessitas autem electionem, & consensum non habet. *L. rem legatam*, *D. de adi. leg.* Tempus ad postulandam separationem constitutum est [8] quinquennium, ultra id igitur non postulabitur. *L.* 1. *§. quod dicitur eod. tit.*

XI. Separatio non fit iure ipso: hanc a magistratu impetrari oportet. Impetratur autem a prætore, aut præside: id est eo magistratu, cuius in iurisdictione summum est imperium, non ab ullo alio. *L.* 1. in pr. & *§. de his*, *eod.* Conceditur autem decreto *d. L.* 1. in prin. id est caussa cognita an admittenda sit necne, *d. L.* 1. *§. de his*. In caussa hæc erunt quæ supra concurrere debere dixi, ut separatio admittatur.

XII. Separatione bonorum defuncti impetrata suum quique creditores ex bonis sibi attributis, quod poterunt, consequentur. Si totum non poterunt; quæritur, an ea vis sit separationis, ut penitus ab aliis bonis separatis excludantur, quanvis dimissis ipsorum creditoribus aliquid ex his supersit. Id quod efficere videtur separatio. De eo ita placuit, si postquam creditores defuncti suum consequuti sunt, supersit quid ex bonis defuncti, creditoris heredes id habere posfent in debitum suum: est enim revera heredis: at bonis defuncti non sufficientibus, si quid supersit ex bonis heredis id creditores defuncti non habebunt: est enim id quidem heredis, & heres creditoribus hereditariis est obligatus: sed [9] imputare sibi debent, si cum essent bona heredis idonea, maluerint his repudiatis bona defuncti sibi separari; sic tamen, ut iusta eorum ignorantia [10] veniam mereatur: hoc Ulpianus in *L.* 1. *§. item sciendum*, *penul.* quod verbis Pauli plenius positum est in *L. si creditores*, *eod.* Exstat Papiniani sententia in *L.* 3. *§. ult. eod.* existimantis, in quovis creditore, qui separationem impetravit, probandum esse, ut si solidum ex hereditate, id est bonis defuncti servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si creditoribus heredis satis factum erit. Sed perspicuum est, eam sententiam nominatim notari a Paulo in *d. L. si creditores*, [11] *vers.* quod si, *Quod si proprii*, inquit, *ad solidum pervenerunt, id quod superest, tribuendum hereditariis quidam putant; mihi autem non videtur:* hoc Paulus; quo nihil apertius. Hoc igitur sequimur repudiata Papiniani

6) Quia suo iure utitur in eo heres, cui animus creditorum hereditatis de separatione petenda ignotus, Ant. Fab. *supra d. illat.* 3. *p.* 246.

7) Illic sibi imputet, hic novatio necessaria non nocet, nec actionem exercendo conditio cuiusquam deterior fit, per vulg. Ant. Fab. *d. illat.* 3 *pag* 245.

8) Quia etsi hoc Prætoris subsidium æquitate summa nitatur, tamen cum tollat potestatem ac effectum iuris communis, quo aditione confusio bonorum inducitur, tempore coarctatur, Ant. Fab. *d. loc.*

9) Ubi ratio differentiæ. Nihil imputari potest creditoribus heredis, qui non postulaverunt; neque etiam potuerunt ut *h.* C, *N.* 4.) sed aliis postulantibus inciderunt in separationem, Cuiac. 27. *QQ. Papin. in L.* 3, *§. ult. h. t.* add. Asin. *de Exsec.* §. 7. *C.* 21. Sane si idem & defuncti creditor, & heredis diversa ratione, eiusdem crediti, portionem is quoque facit aliis creditoris heredibus in residuo ut in specie *d. L.* 3. *§.* 1.

10) Impetrata restitutione in integrum ex caussa erroris, Cuiac. *d. loc.*

11) Convenit Cuiac. 27. *QQ. Pap. ad d. L.* 3. *§. ult.* & 23. *QQ. Pauli ad d. L.* 5. Papinianum æquitate niti docens per voculam *commodius d. §. ult.* Ulpian. *d. L.* 1. *§. pen.* & Paulum *d. L.* 5. contradicere eidem. Nec nisi distinctione iuris & æquitatis hoc dissidium componi posse.

niani fententia: quafi nota & reprehenfio Pauli effet a Iuftiniano profecta, ut ipfe Iuftinianus fieri iubet in *L.* 1. §. *fed neque*, & §. & *omnis*, *C. de vet. iur. enuc.*

CAP. XVII.

De curatore bonis dando, & ad hunc Titulum Digeftorum.

Neceffitas curatorem dandi bonis poffeffis a creditoribus; & ordo rerum. I.
Dari curatorem bonis qui poftulent a magiftratu; & an detur cognita cauffa, vel fecus. II.
Datur curator a prætore, non ex privato creditorum confilio. III.
Datur tamen is, in quem maior pars creditorum confenferit. IV.
Et hic voluntarius, non invitus, nifi ex magna neceffitate. V.
Qualis & quanta fit curatoris bonorum poteftas. VI.

I. Bonis a creditoribus poffeffis, multa funt quæ fieri in bonis interfit & debitoris, & creditorum; a creditoribus tamen geri non poffint: ut proinde res flagitet, aliquem dari, qui interim dum aliquis defenfor exfpectatur, curet, & adminiftret ea, quæ dixi. Sæpe res urget, ut quædam alienentur ex bonis; ne vel illa, vel alia pereant. Multæ etiam funt res, quæ tempore corrumpuntur, & deteriores fiunt, quæ nifi diftrahantur fuo tempore, neceffe fit, earum pretium nobis perire; ut frumentum, vinum, oleum, poma, legumina, omnefque omnino fruges: quædam animalia propter impendia magis onerant. Imminet præterea interdum æs alienum grave, quod ex pœna crefcat ut expediat in primis id diffolvi, quod fieri non poteft, nifi pecunia quæ eft in bonis, alienetur, aut aliæ res diftrahantur, ut conficiatur pecunia ad eam rem. In quibus omnibus alienatio bonorum etiam in rem debitoris eft neceffaria. Sæpe utile eft agi nomine debitoris, ne actio tempore pereat. Horum vero per creditores nihil poteft expediri Nam hi cum domini non fint, cumque his nondum permiffum fit bona diftrahere, ea fcilicet nec vendere, nec alio modo alienare poffunt. Agere autem nomine debitoris multo minus: ut pote qui non habeant actionem. *L. fi pupilli*, §. *ult.* *D. de neg. geft.* At expediri ifta poffunt, fi quis [1] publica auctoritate conftituatur curator bonis: ut hi poffunt, qui inftituuntur curatores furiofo, prodigo, furdo, muto, Hac de cauffa comparatum, ut bonis poffeffis curator iis daretur, per quem fubfidio obirentur illa, quæ dixi: his enim rebus dari eum, & præfici conftat; ut interim quæ urgebunt, diftrahantur; *L. fi quis inftituatur*, 23. §. 1. *D. de hered. inft.* id eft quæ neceffe erit diftrahere, ne aut pereant, aut fervata rem minuant. *L. Fulcinius*, §. *adeo*, *D. quib. ex cauf. in pof. eat.* Item, ut fi quod eft grave æs alienum, quod ex pœna crefcat, & maxime fi publicum debitum immineat, id folvatur per curatorem. *d. L. fi quis*, §. *fed etfi*, *de her. inft.* *d. L. Fulcinus*, §. *adeo*. *L.* 1. in fin. *D. de cura bon. dan.* Item ut inftituat actiones, fi quæ fint eiufmodi, quæ tempore perituræ funt. *L. creditores*, 14 *D. de reb. auct iud pof.* Quo recepto videndum eft, quibus poftulantibus curator bonis detur: quis conftituat: quis detur; quæ fit dati poteftas, quod officium.

II. Curator bonis conftituitur, poftulantibus creditoribus; nempe iis [2] quorum intereft; quorum etiam ex confenfu conftituitur. *L.* 2. *D. de cur. bon. dan.* Quod fi aut pupilli vel furiofi bona poffeffa fint, aut eius, in cuius bonis deliberant fcripti heredes de adeunda hereditate, nihil prohibet & illic amicos aut coniunctos furiofo, vel pupillo poftulare curatorem: aut hoc idem facere heredes, qui de hereditate deliberant, quorum propter fpem hereditatis intereft bona non deminui. Quemadmodum & in cauffa ventris curatorem ventri petit mulier eo, quod eius intereft.

1) Qui, debitore vivo, olim magifter bonorum, mortuo, curator dici, Scip. Gentil *Orig. Lib. Sing. pag.* 279. Confer. Gœd. *ad d. L.* 57. *de V. S. n* 2 *&* 3. Cuiac. *ibid.* Ræv. *ad L.* 148. *de R. I.* Cæterum de hac materia etiam *fupra Lib.* 3. *C.* 23. Ac præter illos citatos confuli poffunt Menoch. *Arb. C.* 150. Gail. 2. *Obf.* 130. Alb. Gafcut. *Margarita aurea C.* 8. Moller. 4. *Semeftr.* 23. Choppin *de Privil ruft. Lib.* 1. *Part.* 1. *C.* 6. Cæf. Contard. *in L. diffamari C.* 6 *n.* 53. *&* *feqq.*

2) Quin & poffe hunc dari ex iudicio parte non petente, docet Afin. *de Exfecut.* §. 3. *C.* 103. *&* *feqq.* ubi vide.

intereſt. *L. 1. §. quoties, D. de vent. in poſ. mitt.* Nemine euratorem petente, prætor curatorem non dabit: quanvis ereditores in bona miſerit. Sie ius eſt, ut eum de euratore conſtituendo adiri oporteat. *L. 2.* in pr. *D. eod.* Sed utrum eum petitus eſt eurator a ereditoribus, prætor ſtatim eum dabit, an in ea re eauſſa eognita eſt opus? Et quamquam fruſtra datur curator, ſi nulla res urgeat ex iis, propter quas eum conſtitui diximus: tamen an hoe ita ſit, nee ne, fides eius rei penes creditores, & eos, quorum intereſt, eſſe debet: ae debet curator omnino eonſtitui his poſtulantibus. [3] Etenim ſi eſt aliquid in bonis, quod deſideret operam curatoris, non eſt denegandus: ſi nihil eſt, non eo minus debet dari: cum ea datio nihil noceat curatori: qui ſi nihil adminiſtret, ubi nihil eſt, quod adminiſtretur, non tenetur.

III. Quis euratorem eonſtituat, iam dixi, prætor ſcilicet in eam rem aditur, qui & conſtituit curatorem. *d. L. 2. eod.* Quod ſi ereditores privato eonſilio eonvenerint & elegerint unum per quem bona diſtraherentur, hie non eſt curator; eoque ut non tenetur iis, a quibus electus non eſt, ita etiam his res adminiſtrando nihil [4] nocet. *l. ult eod.*

IV. In ea adminiſtratione qua res ad ereditores pertinet, etiam geritur de eonſenſu & ſententia creditorum, itaque is datur, quem maior pars ereditorum elegerit. *d. L. 2 eod.* Et ſolet conſtitui unus ex creditoribus. *L. ſi diu.* 8. & *L. ſeq.* in pr. *L. Fulcinius, §. adeo, D. quib ex cauſ. in poſſeſſion. eat.* Sed poſſunt etiam plura conſtitui, ut ſi forte negotio ſint diffuſa, nee unus facile poſſit ſufficere omnibus. *d. L. 2. §. 1.* & *§ ult. eod.* quamquam & hoc ex eonſenſu ereditorum tranſigitur. *d. L. 2.* in princ.

V. Invitus nemo eogitur fieri curator bonorum; niſi ex magna neceſſitate, & Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut invitus creetur. *d. L. 2. §. quæritur.* Magnam neceſſitatem aceipiemus, ſi eæ eauſſæ, quas initio dixi, aperte euratoris operam deſiderabunt, eæterum nemo erit quanvis idoneus, qui non hoc munus volens ſuſcipiat. Etenim ſcriptum eſt in *L. 1. § ult. D. de muner. & honor.* euratorem bonis datum fungi munere perſonali, ex quo eolligi videtur, munus hoc eſſe. Quod ſi munus eſt, ſine dubio invito imponitur. Munera enim publica ſine iuſta excuſatione detrectari non poſſunt. Sed non ſi hæe cura munus perſonale eſſe dicitur, ideo ſimpliciter recte colligitur munus eſſe. Aliud eſt enim, ſi quæratur, an euratoris bonorum munus ſit publicum: aliud, ſi quæratur, quale ſit munus publicum, perſonale, an patrimonii. Si munus eſt, perſonale eſt, non patrimonii, de quo agitur in *d L. 1. de mun.* & ſane interdum eſt munus, & tale quod detrectare non liceat: ſed non ſemper, quod ſuperiore dicto non negatur.

VI. Curatori bonorum pro poteſtate ei data ea lieent, quarum rerum gratia eum eonſtitui initio dictum eſt. Res cuſtodire videlicet, ut ſuas. *L. inter, D. de admi. tutor.* eas, quæ mora deteriores futuræ ſunt vendere. *d. L. inter* æs alienum diſſolvere, pecuniamque in eam rem eonficere. *d. L. ſi quis inſtituatur, §. ſed etſi, D. de here. inſt.* actiones maxime quæ perituræ videantur, exercere. Nam & hæ euratori utiles competunt. *L. 2.* verſ. *eiſque actiones, D. de cur. bon. dan.* Sed & vieiſſim in curatorem [5] utiles actiones competunt. *L. 2. 1.* reſp. *eod.* quibus cum illo aut ii creditores experiuntur, qui ſe ad bona poſſeſſa, ut cæteros admitti velint, & negentur eſſe creditores: aut creditores omnes in hoc, ut pecuniam, quam ex rerum diſtractione redactam habet vel diſtribuat pro portione inter creditores, vel iis ſolvat, quibus ſub pœna debebatur. In quibus omnibus ita curatores creati dominorum loeo habentur, ut quæcumque per eos geſta ſunt, rata ſint: & ſi forte & ad agendum, vel ad defendendum dent procuratorem (quod poſt litem ab eis conteſtatam eis facere ius eſt, *L. neque. C. de procur.*) a procuratore neque de rato, neque iudicatum ſolvi ſatiſdatio exigatur nomine eius, euius bona venerunt: ſed nomine ipſorum curatorum, qui procuratorem dederunt, quaſi dominorum *d.* [6] *L. 2.* in pr. Si plures curatores ereati ſint, in ſolidum agere poſſunt ſinguli, & non pro portionibus: præterquam ſi per regiones eertas fuerint conſtituti. Ergo, ut quis in ſolidum agere,

3) Confer. *ſupra Lib. 3. C. 23. n. 4. 5. N. 1.* & Forſt. *2. de Succeſſ inteſt. 9. n. 8.* Anton Del. Re *de Iuram. calum C. 15 n 100. & ſeq.* ubi notat, iudicem domicilii dare curatorem hereditati iacenti.

4 Et ita licet creditores poſſint eligere per quem bona diſtrahantur, multum tamen inter eum & datum a prætore intereſt *d. L. ult.* Anton. Fabian. *Iuriſpr. 12. Princip. 3.*

5) Quæ utrinque utiles, quia nemo actiones directas habere poteſt, quæ alteri prius acquiſitæ, cum eæ a perſona ſeparari nequeant *L 55. de procur. L. 60. ad Trebel.* A. Fab. *d. Princip.* 3. Contra DD. vulgo.

6) Non tamen tutoris loco eſt, ut in eius bonis ius prælationis oriatur *L. 22. §. 1. de reb. auct. iud.* vid. Vanderan. *de Privil. cred. C. 7.*

Digitized by Google

re, ita & singuli conveniri possunt in solidum, etiam si is conveniatur, qui nihil ex bonis attigerit, non secus, quam si in solidum egisset, administrasset. *L.* 2. *§. si plures*, & *§. ult.* & *L.* 3. *D. eod.*

C A P. XVIII.

De his quæ in fraudem creditorum alienata sunt, ut restituantur. Et ad Titulum hunc Digestorum.

I. HÆc omnia eo constituta sunt, ut creditores in possessionem missi suum consequantur. Sed consilium prætoris fraude debitoris interverti potest; nisi occurritur. Potest enim alienare, quæ habuit; ac quanvis bona eius a creditoribus ¹) possessa sunt, tamen cum ipse adhuc bonorum sit dominus, necesse est, quæ a domino facta est, ratam esse alienationem. Dum ergo id agit prætor, ne creditores fraudentur, ac frustra missi sint in possessionem, adversus hanc fraudem consultum est edicto prætoris creditoribus: dum ea revocat, quæ in fraudem alienata sunt. Exstat edictum partim in *L.* 1. partim in *L. ait prætor*. Quo & se ad ea revocanda, quæ alienata sunt in fraudem, actionem daturum pollicetur, & simul interdicti formulam proponit, quod ad eam restitutionem sit daturus, cui nisi pareretur, sequebatur illa in factum actio, quam pollicebatur. Edicti pars prior, qua pollicetur actionem, est in hæc verba: *Quæ fraudationis caussa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.* Sequitur formula interdicti, quam edicto suo præscribebat prætor ut sciretur, quam formulam de ea re daturus esset. Hoc interdictum olim præcedebat; ex quo nisi res esset restituta, sequebatur in factum actio ex caussa interdicti, ut Iustinianus significat in *§. ult. Instit. de interd.* de quo nunc non est dicendi locus. Hæc autem erat actio, quam supra prætor pollicetur: formula interdicti hæc quæ exstat in *d. L.* *ait*

1) Hoc itaque velle videtur hic Donellus actionem hanc non dari, nisi cum res in quas immissio facta, post eam missionem alienatæ. Quæ si illius mens in eo, nec secum ipse convenire videtur. Qui ad §. 6. *I. de act. n.* 9. Paulianam dari sive bona possessa sint, sive non, docet per *L.* 15. *L.* 17. §. 1. *h. t.* quæ tamen parum ad rem faciunt. Tametsi immo verissimum sit etiam antea fraudulenter alienata sic revocari, vid. *h. C. N.* 19.

Google

ait prætor. Quæ Lucius Titius fraudandi caussa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine quo de agitur, actionem ex edicto meo competere, esseve oportet, & si ei non plus, quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Et hactenus quidem proponit actionem prætor adversus eum, qui fraudem non ignoravit. Sequitur altera pars edicti, qua actionem pollicetur caussa cognita etiam de eo quod in fraudem alienatum sit ignorante eo, ad quem pervenit: quæ particula subiicitur continenter interdicto in *d. L. ait*, his verbis: *Interdum caussa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam*. In his explicandis omnis est posita sub hoc titulo in Pandectis veterum interpretatio. Quorum omnium ius & sententia facile, & sine ullo errore intelligi, & memoria teneri potest, si hæc capita rerum in verbis edicti, & interdicti observentur: quæ deinde singula ordine exsequamur, ut ad ea interpretatio illa revocetur: hæc, inquam, capita: Quæ revocentur hoc edicto, quibus conditionibus: tum eius rei nomine quæ actio, cui, in quem, ad quid detur, & quandiu.

II. Revocat prætor, quæ gesta sunt fraudandi caussa: sed ita, ut ea [2] restitui iubeat. Sic enim verba interdicti concepta sunt, *Quæ Lucius Titius fecit, restituas*. Restitui illa intelliguntur, quæ ab aliquo profecta postea ad illum redeunt. Ex quo verbo intellectum est, etsi de omnibus gestis prætor initio loquitur: tamen edictum tantum ad ea referri, quæ quis eum haberet, amisit, fecitque, ut ad alium pervenirent: quod autem potest quærere, id non egit, ut acquireret: veluti si legatum, aut hereditatem sibi delatam repudiarit, eos, quibus delata est, quos in potestate sua habet, filios aut servos emanciparit, aut manumiserit: ad id, inquam, edictum non pertineret [3] *L. quod autem*

2) Ubi necesse est ut res in bonis debitoris fuerint per §. 6. *I. de act.* verbis: *rem suam* Vultei. *in d.* §. 6. *n.* 28. Wes. *Cons.* 17. *n.* 27. (etsi post obligationem contractam quæsitæ, Vult. *d. loc. n.* 29.) idque probandum est hic agenti, Wes. *d. n.* 27. Et ut traditio facta sit, aut dominium translatum, alias non dicetur alienatum *L.* 67. *d. V. S. L.* 1. *C. de fund. dot.* Vult. *d. loc. n.* 33. Costal. *ibid. n.* 6.

3) *L. non fraudantur* 134. *pr. de R. I. L.* 67. §. 1. & 2. *ad Sc. Trebel. L.* 28. *pr. d. V. S.* quia facultas adeundi vel agnoscendi legati, ius nondum quæsitum, non est in bonis nostris, *L.* 42. *de acq. do. L.* 5. §. 5. *de iure dot. L.* 53. §. 13. *de don. int. vir. L.* 1. §. 23. *de collat.* cum aut a lege obveniat, aut a defuncto deferatur, ita ut agnoscere vel non agnoscere liberum sit. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 12. *n.* 2. & *n.* 7. Annæ Robert. 3. *Rer. ind.* 12. *pag.* 717. P. Fab. *ad L.* 78. & *seq. de R. I. p.* 356. Casp. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tract.* 9. Q. 1. Quin iure hic suo uti repudians, nec fraudulenter versari vel cuiquam iniuriam facere videtur *L. nemo* 151. *de R. I.* cum non obligatus sit debitoribus, ut acquirat, sed de acquisitis conveniri possit. Wes. *Cons.* 17. *n.* 42. & *n.* 46. Nec iuris ratio patitur quem compelli, ut agnoscat hereditatem vel legatum, Valla *d. Tr.* 12. *sub fi.* cum & adeundo quasi contrahere heres videatur. Ac sicut liberum est contrahere, ita & acquirere, cum in alienando quæsitum, non autem in non quærendo, præiudicium alteri fiat, Gœd. *ad L.* 28. *pr. de V. S. n.* 19. Quamvis autem legatum retro nostrum fit, nisi repudietur; attamen aliud cum repudiatur *L.* 5. §. 6. *vers & ait Iulianus D. si quid in fraud. patron.* Barg. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 84. Rob. *d. C.* 12. *p.* 717. Et quamvis ignoranti, id acquiratur, non tamen invito, nec id lex vult ut nolenti liberalitas acquiratur, A. Fab. 8. *Coniect.* 19. Licet item in suis heredibus, citra aditionis solemnia, continuatio dominii intelligatur: tamen & horum abstentio a paterna hereditate fraudulenta non habetur *L.* 3. *C. h. t. de revoc. his quæ in fr. cred.* Rob. *d. loc.* vid. Wes. *d. Cons.* 17. *n.* 44. & *seq.* Nec si præteritus vel exheredatus filius ære alieno obrutus cogitur querelam inofficiosi vel condictionis ad expletionem legitimæ exercere urgentibus creditoribus arg. *L.* 1. §. 8. *Si quid in fraud. patr.* Quamvis autem quoad legitimæ recusationem quæstionem varie tractatam referat, Rob. *d. C.* 12. quod quasi quoddam æs alienum sit, in qua creditor filius habeatur, vivo etiam patre Fab. de Anna. *Cons.* 86. *n.* 3. 45. probatius tamen nec ad eam petendam filium a creditoribus suis recte compelli, sive chirographarii hi, sive hypothecarii per *d. L.* 6. §. 2. & *L.* 19. *h. t. L.* 1. §. 8. *si quid in fr. patro. L.* 67. §. 1. *ad Treb.* Quomodo Lutetiæ iudicatum, Valla *d. Tr.* 12. *in fi.* (Etsi alio tempore idem Senatus contra censuit, teste Rob. *d. C.* 12. *sub fi. in not. marginal. Gallicis*) vid. Wes. *d. Cons.* 17. *n.* 44. & passim Fachin. 13. *Contr.* 46. Et renunciationem legitimæ vivo patre, ceu in fraudem creditorum factam non revocari, contra Ancharano. *Cons.* 101. firmat Io. Gutier. *in Repet. C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *n.* 24. Quia si hereditas delata omitti potest, item legatum, quod recta tamen via transit, magis deferenda. Nec est quod iuste hic conquerantur creditores, sive sine obventuræ paternæ hereditatis contemplatione filio crediderunt, fiducia bonorum aliorum, quia nulla horum fit diminutio: sive eius intuitu, quia & imprudentes si obligari putant posse bona, in quibus nondum ius ullum debitori & impudentes si filio, ut captet patris successionem incentivum præbent, Rob. *d. C.* 12. *sub fi.* Obiic. (1) *L.* 45. *pr. de iure fisci* ubi & si non quæratur, in fraudem fisci alienatio habetur. Plerique resp. Speciale id esse in fisco eiusque debitore, Cuiac. 8. *Obs.* 9. Rob. *d. C.* 12. *p.* 717. Fachin. 13. *Contr.* 46. *in fin.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. *n.* 83. Schiford. *d. Tr.* 9. Q. 1. Melius Valla *d. Tr.* 12. *p.* 278. verba *si non quæretur* exponit, quando debitor dominium eius rei, quæ illi ex contracta vel quasi debetur, quærere neglexit, ut si obligationem remisit vel rem tradi recusavit. Convenit P. Fab. *ad L.* 78. & *seq. de R. I.* referens *d. L.* 45. *pr* ad speciem *L.* 1. §. 7. *si quid in fraud. patron.* Quæ eadem *in L.* 3. §. 1. *h. t.* Exque aptior ratio conciliandi *d. L.* 45. *pr.* cum *L.* 26. *eodem tit. de iure fisci*, quam quæ allata a Cuiac. *d. C.* 9. intricata fere ut quid sibi velit ægre colligas; aut quæ a Pacio 7. *Enant.* Q. 75. qui vult regulæ *quæ d. L.* 45. *prin.* exceptionem tradi *d. L.* 26. Cuius ratio sit quod hereditas ipsi filio delata, ac naturalis affectio potius videatur fuisse caussa emancipationis, quam ut fraus fisco fiat. Quanquam si quis vulgati sensu *d. L.* 45. acceptam malit, tutius adhærere possit solutioni, Gilbert. Regii 1. *Enant.* 14. Quod casus sit specialis in *d. L.* 26. Cuius ratio, quia pater invito filio, si is noluisset adire, non quæsivisset hereditatem. Non autem verosimile est ibi aditurum filium ut patri, & per eum fisco acquirat. Obiicitur (2) *L.* 5. §. 8. *de reb. eorum qui sub tutela*, ubi repudiatio legati a pupillo, alienatio vocatur. Respond. Gœd. *ad L.* 28. *princ. de Verbor. Significat. n.* 21. loqui *d.* §. 8. de legato vindicationis per verba *eam res sit pupilli*, quod sine prævia agnitione ipso iure acquirebatur, & ita tractari non de occasione quærendi, sed amissione quæsiti. Verum & indistincte loquitur *d.* §. 8. & differentia illa sublata, legesque ex persona Iustiniani accipiendæ. Potius dicendum cum Petro Fabro *ad d. L.* 78. & *seq. p.* 350. id speciali ratione in pupillo, ut alia, receptum esse, ne inconsulta facilitas ipsi noxia sit, Aliter Schifordegher. *d.* Q. 1.

autem, 6. princ. *hoc tit.* Interim illud manebit, quicquid quis habuit, sive fecit recta, ut desineret habere, sive ita se obligavit ut cogeretur postea desinere habere, sive etiam id ei ablatum est, id omne hoc edicto [4] revocari. *L.* 1. in fin. *L.* 3. in fin. *eod.* Habet quis aut rem aliquam pleno iure, aut actionem tantum ad rem consequendam, aut eam ad tempus retinendam exceptionem.

III. Rem, quam quis habet, desinit habere, quia alienat, vel habet pro derelicta, vel finit usucapi, aut non utendo perire: quomodo amittuntur servitutes. Ita non alienatio tantum: sed omnis amissio superior ad hoc edictum pertinebit. *L.* 1. in fin. *L.* 3. illic, *aut usumfructum*.

IV. Desinit quis habere actionem his modis, si aut debitorem, vel [5] pignus acceptilatione pactove liberet, aut ita non agat, ut dies actionis exeat; aut lite mota ad iudicium non adsit, quo facilius reus absolvatur. Proinde quicquid horum gestum erit, quod amissum est, revocabitur. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. *L. si pignus*, *L. debitor*, *L. ult.* in princ. *eod.*

V. Desinit quis habere exceptionem ad rem suam retinendam, qui id quod debebat in diem, ante diem solvit. Quapropter & huius quoque temporis intermedii commodum placet [6] revocari. *§. ait*, *§. si cum in diem L. omnes*, *§. ult. eod.* Sed etsi quid ereptum sit debitori, id debitor habere desinit: & dum propter fraudem eius contigerit, ut ei auferretur, ad hoc edictum pertinet, quod in hac specie responsum est, cum creditor debitorem fugientem persecutus pecuniam ei abstulit. *L. ait*, *§. si debitorem*.

VI. Non intererit, qua ex caussa quid alienatum sit, ut ex hoc edicto revocetur; nihil intererit, puta: donaverit quis, an vendiderit, atque adeo an ex caussa, quae necessaria, aut publica videatur, solverit. Itaque etiam res in fraudem creditorum doti data, aut constituta [7] repetitur. *L. ait*, *§. si cum mulier*, *L. ult.* *§.* 1. *eod.* Quinetiam si debitor solverit uni ex creditoribus: etsi maxime creditor suum recipit: & debitor videtur necesse habere solvere: tamen hactenus revocatur pecunia, ut is qui accepit, vocetur in portionem, exaequeturque caeteris creditoribus, qui in possessionem missi sunt: quorum scilicet cum iam par conditio esse caeperit, aperte fraudantur, nisi omnes exaequantur. Haec Iuliani est sententia, qua nos nii Ulpianus ait. *L. quod autem*, *§. sciendum:* cui cum fuerit contraria sententia Labeonis, quod Ulpianus refert in *eod. L. in §. praeced.* perspicuum est eam ab Ulpiano repudiari; congruit *L. cum in vetus*, 22. *eod.* Et ideo quod legimus in *L. penultim. eod.* cum tutor pupilli solvit creditori, etsi pupillus se abstineat, creditorem tamen tutum esse adversus caeteros creditores quacunque in parte id legimus, sic accipere debemus, si id factum est bonis pupilli non possessis. Et quod dicitur in eadem *L.* securum esse creditorem, cui tutor solvit, etsi res in eo esset, ut bona debitoris vaenlrent; sic intelligi debet, si bona vendi potuerint ex edicto, si quis rem persequi vellet, non si iam bona possessa sint; quomodo [8] accipi debet similis locus in *L.* 6. *§.* 1. *D. de reb. auct. iud. pos.* Ergo illis locis declaratur, quid ratum sit ex his, quae tutor pupilli qui se abstinuit, gesserit ante abstentionem creditoribus nondum in possessionem missis: quod ad hunc tractatum non multum pertinet.

VII. Non simpliciter si quid alienatum, remissum, contractum sit, revocatur hoc edicto, sed his conditionibus, si quid horum gestum sit fraudandi caussa & cum eo

Tom. VI. M

Q. 1. ubi & obiectionem ex *L.* 2. *§.* 5. *de hered. vendit.* *&* *L.* 1. *§. pen. Si quis omiss. causs. testament.* satis diluit. Nunquid heres eius, qui legato nondum agnito decessit, repudiare id in praeiudicium creditorum suorum item hereditariorum possit, disceptant Fachinae. 6. *Controv.* 83. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n* 85. *& seq.* & Schifordegher. *d. Tr.* 9. Q. 2. *&* 3. Denique hinc inferunt maritum obaeratum, posse renunciare lucro dotis a statuto concesso; item filium qui ex statuto posset excludere sororem, eandem admittere posse, ut & qui rogatus post mortem restituere hereditatem statim posse, vid. Rolandum a Valle *de Lucro dotis* Q. 40.

4) Quibus modis contrahendo, distrahendo, negligendo & fraus fiat creditoribus fuse singulatim exponit Celsus Bargal. *Libr* 5. *de Dolo C.* 6.

5) Etsi enim remissio pignoris donatio non est *d. L.* 18. *& L.* 1. *§.* 1. *Quibus modis pignus solv.* nec inde remissio, forus inducatur, *ut suo loco*, unde eadem inter coniuges licita, hac tamen in re fraus incurrere potest, si qui pignus dederat non solvendo fiat. In renunciatione quoque beneficiorum ecclesiasticorum fraudem fieri, declarat Barg. *d. C.* 6. *n.* 65. *& seqq.* ut & beneficiorum fideiussoris *ibid.* *n.* 80. ac delatione vel relatione iuramenti *L.* 9. *§.* 5. *de iureiur.*

6) Vid. Bargal. *d. C.* 5. *n.* 57. *& n.* 75.

7) *L.* 14. vers. *ult. D. L.* 2. *C. h. t.* Etsi enim dotis caussa favore digna, tamen nec libertatis, cuius maior favor, datio in fraudem valet, cum species furti sit de alieno largiri vid. Goed. *ad L.* 125 *de V. S. n* 6 Non obst. *L.* 1. *§.* 10. *Si quid in fraud. patro.* Alia enim patroni ratio qui lucrum captat, alia creditorum qui suum repetunt. De dote in fraudem data, vid. Barg. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 50. *&* 6. *seqq*

8) Solutum uni creditorum quando & quatenus ab aliis potiori, vel aequali iure nitentibus revocari possit, quando in commune conferendum; &c. ac de vera *dd LL.* sententia varie nostri tractant. Quae dum differo remitto ad P. Fab *ad L.* 78 *& seq. d. B. l. p.* 356. *sub fin. & p seq.* A. Fab. 20. *Coni.* 14. Gail. 2 *Obs.* 25. *n.* 14 *& seqq* Flores Diez. 1. *Var* QQ. 6. Io. Bapt. Asin *Tr. de Exsecut.* *§.* 7. *C.* 3. Rauchbar. *P.* 2. Q. 9. Hart. Pist. *Lib.* 3. Q. 20. Casp. Schifordegh. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tr.* 8. Q. 4. *& seqq.*

eo, qui fraudem non ignoraret, & in his bonis, de quibus agitur: quibus verbis quatuor [9] exiguntur, in debitore alienante consilium fraudis, & eventus; in accipiente eius consilii scientia; in rebus alienatis, ut sint ex iis bonis, de quibus distrahendis agitur.

VIII. Consilium dico in debitore, & eventum [10] quæri, ideſt, ut fraudandorum creditorum cauſſa quid factum ſit, & [11] eventum fraus habuerit. *L. ſi quis eum, 15. L. ait, eod.* Finge igitur aliquid alienatum eſſe in fraudem creditorum: cæterum creditores fraudatos non eſſe: ceſſabit

9) De seqnisitia huius actionis vide Sneidv. *ad §. 6. I. de act. n.* 51. *& seqq.* Vult. *ibid. n.* 16. *& seqq.* Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Excep. Resol.* 4. add. Wurmſ. *Tit.* 28. *Obs.* 4. P. Vanderan. *de Privileg. credit. C.* 15.

10) Quæ utraque hic concurrant oportet, Facit *L. fraudis* 79. *de R. I.* vid. Vul. *ad §. 6. I. de act. n.* 41. *& seq.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. *n.* 36. *& seq.* Moller. *Lib.* 5. *Semestr. Disser.* 1.

11) Qui probatur aliorum bonorum debitoris excussione, Bargal. *d. C.* 8. *n.* 12. de qua *h. C. N.* 20. Atque hinc videri poteſt hypothecariis creditoribus hac actione non ſuccurri. Id quod A. Fab. 20. *Coniect.* 16. adſtruere & operoſius firmare nititur Caſpar Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tract.* 8. *Quæſt.* 1. 2. 3. Quibus ſuccinunt Vinc. de Franth. *Decis.* 101. *n.* 9. *&* 10. ac Trentacin. 2. *Pract. Res.* 1. *de Excep. Resolut.* 4. *pr.* Rationes Fabri hæ: (1) Non poſſunt dici hi fraudati alienatione, cum pignoris obligatio rem & poſſeſſorem quemvis ſequatur. (2) Hæc actio fictione nititur, fingens rem non fuiſſe alienatam quæ vere eſt *L.* 10. *§.* 22. *h. t. L.* 38. *§.* 4. *de uſur.* Fictioni nunquam locus niſi ex neceſſitate; quæ hic nulla, cum poſſeſſio avocari poſſit Hypothecaria vel quaſi Serviana, remedio expeditiori in quo & levior probatio & proinde facilior obtentio. Cui igitur bono Prætor hanc propoſuiſſet illis, qui pleniori iure ſuo auxilio iuvantur. (3) Omnes præcedd. Tituli ad Chirographarios ſolos pertinent. De hypothecariis locus proprius eſt *Lib.* 20. *D.* His addit Schifordeg. *d. Q.* 1. (4) Edicto noſtro mentio Curatoris bonorum. Is conſtitui bonis pignori neais nullibi legitur. (5) arg. *L.* 10. *§.* 13. *L.* 22. *h. t.* Qui in vetus creditum pignus accepit, ob id tenetur Pauliana; Quod ſi hypothecario daretur Pauliana, non eandem amitteret creditor ob pignus ſibi obligatum, ne eadem ratio ſit actionis conſequendæ & amittendæ. (6) Hac agens neceſſe eſt miſſus ſit in poſſeſſionem. *L.* 6. *§.* 7. *h. t. §.* 6. *I. de act.* Qui autem pignus tenet mitti in poſſeſſionem nequit per *L.* 13. *h. t.* 7. Denique *per L.* 2. *C. h. t.* tum per verba: *quibus pignora, &c.* tum quia, ut Paulianæ locus ſit requiritur, ut non ſufficiant bona debitoris. Atqui ſemper ſatisfieri poteſt creditori ea perſecutione pignoris. Contra Mynſ. *ad d. §.* 6. *n.* 37. Sneidvin. *ibid. n.* 27. & Vult. *n.* 49. Qui movetur (1) generali verbo *creditorum* in Edicto. Noſtrum igitur non eſt diſtinguere. (2) Ne obſit creditoribus hypotheca, cum ſæpe Hypothecariæ probationes graviores ſint, ut expediat Pauliana agere. (3) Nec alias earum plures in eandem rem concurrere actiones. Cui ſententiæ accedo. Quam liquido probat *L.* 21. *h. t.* cuius ſenſum planiorem nequicquam obſcurare nititur Schifordegh. *d. Tr.* 8. *Q.* 3. Si namque *d. L.* 21. Paulianam actionem is qui emit a creditore pigneratitio, intentat, ceu ſcite arguit ipſeque Schifordegh. ponit, quo quæſo prætextu, quove iure ſucceſſor ſingularis ea actione caperitur, ſi auctori ſuo non nata aut in eius perſona antea non conſtitit. Neque enim in perſona emptoris incipere poteſt, cum in huius fraudem, quippe qui poſtea emit, nihil actum fuerit, Fac. *L. un. C. Ut act. ab hered.* Vult Schifordegher. in ſpecie *d. L.* 21. creditori hypothecario competere non hanc Paulianam, ſed actionem pigneratitiam contrariam contra debitorem pacto illo de finibus malitioſe in re verſatum. Ea quia ſucceſſori ſingulari non competat, ideo Paulianam emptori accommodari quæ ad ſucceſſores alios tranſit *L.* 10. *§. ult. h. t.* In quo ſane pugnantia loquitur. Neque enim competere poteſt ſucceſſori niſi quæ & antea competiit auctori. Supine idem errat dum ait *d. L.* 21. non de pignore a debitore alienato, ſed de imminuto eiuſdem iure finibus coanguſtatis tractari, nec pactum iſtud de finibus alienationem fraudulentam habendam eſſe. Quid? Anne hoc edictum ad corporum ſolum alienationem coercendum proditum, annon late verba eius patent, ut quævis imminutio iuris, unde præiudicium creditori metuitur, alienatio habeatur. Eſto autem iſtud (quod oppido falſum.) Nonne qui finea fundi pignorati coanguſtat, corporalem partem fundi (cuius eadem quæ totius ratio *L.* 76. *pr. de R. V.*) alienat? Rationem ſi conſulere non vis, conſule ſenſum communem vel exteriorem. Nec aliud oculis tuis ſe exhibebit. Ius fundi minuitur ſervitute remiſſa, corpus ipſum, finibus coarctatis. Et tu hæc pro iiſdem aut ſimilibus cauſſdem generis habere potes. Piget plura. Supereſt ut rationes adverſas diluamus, quo ipſo pariter ſententia hæc haud parum corroborabitur. Ad (1) reſp. Etſi alienatio debitoria ius pignoris non imminuerit, fraudatio tamen in eo, quod difficilior eius iam perſecutio reddita. Ac quod eventu fraudatus ſit creditor inde æſtimatur ſi ea bonis reſiduis ſuum recipere nequeat. Alias dicendum foret, eum, qui fideiuſſorem accepit, hac actione quoque non iuvari, ſi huius acceſſoriæ obligationis ope ſalvum ſervari poſſit creditum. Quod dicere nolim. Neque enim quæ roborandæ obligationi accedunt, parte alia eandem infringere debent, aut adimere laxiorem agendi facultatem. Ad (2) reſp. Rationi huic ſi qua vis, hoc efficit quod Pauliana non inducenda hypothecariorum gratia creditorum, quibus ordinaria iuris via prodita. Aſt poſtquam iam inducta, quin iiſdem una accommodari debeat nihil impedit, immo multa ſunt, quæ ſuadeant, arg. eorum quæ *ſupra Lib.* 21. *C.* 3. *n.* 2. Sic heredis civilia cauſſa non inventa bonorum poſſeſſio: eidem datur tamen *§.* 1. *in fin. I. de bon. poſſ.* Aſt, dicis, expeditior hypothecaria, levioris probationis. Immo, inquam, pluribus caſibus expedire poteſt hac potius experiri. Graviores natura ſua probationes Pauliana requirit. Eſto. Aſt quid ſi hæ ſuppetant, illæ autem hypothecariæ requiſitæ non item. Iſta ſi firma conſecutio, omnis concurſus actionum tolletur. Via etenim eſt ut non concurrentium altera expeditior ſit alia, ſi utriuſque naturam per ſe & in theſi ſpectes. Aſt in hypotheſi & ſi facultatem actoria intuemur: ſæpe gravior probatio unius actionis ſuppetit, deficiente alia leviori alterius. Sicut & ſæpe conſultius eſt leniori quam pleniori experiri. Age vero: Hypothecaria non datur in heredes. Pauliana datur. Illa in loco rei ſitæ; hæc, ſi in perſonam eſt, contendente id Fabro, in foro domicilii rei intentari poteſt. Iam pone: Caius Seio oppigneravit monile pretii 100 aureorum. Idem, abſente Seio, fraudandi cauſſa, Titio fraudis conſcio vendit. Hic iſtud Mævio gemmario pro 100. aureis vendit, qui ſecum in longinqua regionum exportat. Nonne hic expedit Seio Titium eiuſve heredem in propinquo degentem in ſolidum pretium rei, iuxta *L.* 9. *in fin. h. t.* Pauliana convenire, quam anxia cura Mævium poſſeſſorem, aut cui is ubicunque terrarum alienavit, perſcrutari ut Hypothecaria teneat ibidem. Sed & ponamus ab Hypothecario creditore eundem Pauliana impeti, qui Hypothecaria potuerat, verum ita, ut etſi pignori rem alienatam ſibi præ ſe ferat, non tamen in eo ſuam intentionem fundet, ſed in huius actionis requiſitis. Quid habet hic reus conventus quo actionem removeat. Anne dicet; Aſt tibi hypotheca in re conſtituta eſt. Alia igitur actione experiaris. Nonne hoc modo ſibimet adverſabitur, ſe ſua ſententia condemnabit. Confer & huc accommoda not. *ad Com. Tit. de act. §.* 4. *n.* 8. Ad (3) Reſp. non firma conſecutio. Deinde & quædam de hypothecariis tractata ut *L.* 34. *de reb. auct. iud. poſ.* iunctis iis quæ *ſupra C.* 15. *n.* 5. *L.* 37. *ead. L.* 24. *§.* 1. *eod.* Iunct. *L.* 1. *In quib. ca. pign. tac. L.* 1. *§.* 3. *de ſeparat.* Denique etſi remedia miſſionis in poſſeſſionem &c. non ſint hypothecario ſi ius hypothecæ perſequatur. Quin tamen eo omiſſo, ita ut alius creditor ad eam venire poſſit, ordine iuris ſervato, ambigendum non eſt. Neque enim ius pignoris reale quidquam imminuit perſonale ius obligationis. Summatim: Hypothecarius non mittitur in poſſeſſionem ex 1. vel 2. decreto (ut vulgo) non etiam Paulianam ideo intentat, quia eſt hypothecarius. Sed ſi intermiſſa perſecutione pignoris, in illam mitti aut hanc intentare malit, non inde repellitur quod ſit hypothecarius; ne quo ſibi plenius cavere voluit id ipſum duriore interpretatione contra eum producatur. Ad (4) Reſp. facilis ex dictis. Quin ſi Curator ſæpe datur toti hereditati & univerſis bonis, ſi ex iſtis

ſabit revocatio: propone animo, quibus modis non fraudentur creditores: totidem de cauſſis ceſſare hanc actionem reperies. Et quidem citra controverſiam non fraudantur tunc, cum bonis alienatis, ſuum conſequuntur nihilominus: idcirco res dubitationem non habet, quin ſi fraudator pecunia aliunde accepta dimiſerit creditores; ideſt iis ſolverit, his actio revocatoria non detur: plane iis dabitur, a quibus debitor accepit pecuniam, ſi eos fraudare voluit. De qua ſpecie ſcriptum eſt in *L. ait*, *§. 1. eod.* ſed etſi non conſequuntur creditores, quod ſibi debetur: tamen conſenſus eorum facit, ut non videantur fraudari, ſi vel conſenſerunt alienationi, vel pro fraudatore aliquem reum admiſerunt, eo contenti. Nam & generaliter probatur, neminem fraudare eos, qui ſciunt, & conſentiunt. *L. nemo videtur*, *D. de reg. iur.* Ideo etiam in hac ſpecie alienationis nominatim denegatur actio in *L. quo autem*, *§. præterea*, *eod.* & omnis creditor bonum nomen facit, eoque modo & debitorem, & eius bona liberat, qui pro eo alium reum ſequitur, & admittit. *L. inter*, *§ abeſſe*, *D. de mand.* hinc eſt illud quod ſcribitur in *L. ait*, *§. ſi quid in fraudem*, verſ. *ſi vero*, *eod.* ſi defuncto fraudatori heres exſtiterit eumque paſſi ſint creditores, & quaſi in creditum habuerint nomen eius, vel [12] dulcedine uſurarum, vel quam aliam rationem ſecuti, nihil revocari ex his, quæ teſtator alienavit: quod ita Ulpianus eo loco intelligit, ut ex præcedentibus liquet, etiam ſi is heres, quem creditores ſecuti ſunt, poſtea in integrum fuerit reſtitutus: atqui illo modo in re ipſa fraus eſt ſine dubio, quia damnum eſt: ſed ut dixi, voluntate ſua non fraudantur creditores, qui ſcientes talem debitorem ſunt ſecuti Videntur autem ſic eum ſecuti eſſe, ſi cum eo quid geſſerint de debito, & cum rem poſſent exigere, aut bona diſtrahere, maluerint obligationem cum eo renovare, & differre exactionem aliquo commodo conſtituto illecti.

IX. Ex contrario propone fraudatus quidem eſſe debitores: cæterum debitorem nihil feciſſe fraudandi cauſſa: aperte edictum non dat actionem. Ut proinde ei, qui hac actione utatur, hoc probandum ſit, debitorem fuiſſe hoc animo, ut debitores fraudaret; cuius rei probatio quia non eſt ſemper in promptu, quibus iudiciis rerum hic animus arguatur; quærendum eſt. Et non dubium eſt eum fraudandi cauſſa facere, qui ſciat ſe habere creditores; ſe autem, ut ſunt bona, non eſſe ſolvendo. *L. ſi quis cum*, *15. eod.* *§. prævaluiſſe*, *Inſt. quib. ex cauſ. man. non lic.* Sed non omnes ſciunt ſe habere creditores; & ut ſciant de creditoribus, non tamen ſciunt quid habeant in bonis. Quin ita eſt ingenium hominum, ut plus de ſuis facultatibus exiſtiment, quam in his eſt. *d. §. prævaluiſſe*. Ut plurimum interſit certa indicia hic habere, quibus remota omni neceſſitate ſcientiam illam probandi, fraus tamen debitoris convincatur. Et ut non probetur quis ſcire, ſe ſolvendo non eſſe, videtur facere in fraudem creditorum, quos ſcit ſe habere, quisquis [13] univerſa bona ſua alienavit. *L. omnes*, 17. *§. 1.* Is etiam carere fraude non videtur, qui conventus teſtato a creditoribus, ne venderet, quaſi ſolvendo non ſit, nihilominus perſeverat. *L. ait*, *§. ſi quis particeps*. *eod.* Ille quidem ab omni fraudis ſuſpicione alienus eſt, qui rogatus hereditatem, aut rem aliquam reſtituere, cum in reſtituendo portionem ex lege Falcidia retinere potuiſſet, totum maluit reſtituere. Non enim facit fraudandi cauſſa, qui ideo facit, ut fidem & debitam pietatem præſtaret teſtatori. *L. patroni*, 19. & ſeq. *eod.*

X. Non eſt ſatis fraudem in re eſſe, & fraudandi conſilium in debitore, edictum etiam

iſtis quædam pignori nexa ea non minus ad curam illius pertinent. Nec ullibi exempla leguntur. Ad (5) Reſpon. Craſſa fallacia. Diſcernendæ perſonæ & cauſſæ. In *d. §. 13.* & *L. 22.* tenetur novus hypothecarius aliis creditoribus ideo quia in fraudem eorum conſtitui ſibi curavit pignus. Non ideo amittit ipſe Paulianam contra alios in quos aliæ res debitoris in fraudem ſuam alienatæ. Neque etiam ſi poſt acceptum pignus in vetus creditum fraudulenta alia proceſſit alienatio, ideo minus contra illam Pauliana ipſi prodita eſt. Ad (6) Reſponſio facilis ex ſolutione ad tertiam rationem. Ad (7) Reſpondendo. Retorqueo. Paulianæ actioni locus, ubi alia bona debitoris non ſufficiunt *d. L. 2.* Atqui hic non ſufficiunt alia bona debitoris. Quippe pignus alienatum in bonis eius amplius non eſt. Ergo. Neque enim vel verba vel mens *d. L. 2.* exigunt in Pauliana ut res nullo alio quoquo modo ſalva eſſe poſſit. De his ſatis.

12) Dulcitudine legitur *d. §. 10.* Quomodo Accius acritudinem & alia dixit, quæ annotavit ibi Gothofredus Et ita *dulcitudo* in monumento antiquo relato a Phil. Camerar. 1. *Op. ſuccif.* 96. Cuiac. 7. *Obſer.* 40. lectionem vulgarem *d. §. 10.* manifeſtæ mendæ damnans ſic legit: in creditum abierunt (ut *L. 5. §. pen. d. trib. act.*) *vel nomen eius*, *dulcitudine*, &c. Sed nihil mutandum. Nec inconcinne dicitur nomen in creditum haberi. Vid. & de *d. §. 10.* A. Fab. 20. *Coniect.* 14.

13) Item ſi maiorem partem vel res pretioſiores; Wurmſ. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. *n.* 7. Nic. Vall. *de Reb. dub. Tr.* 12. *n.* 5. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 27. *& ſeqq.* Nec tantum ſi donavit, ſed & ſi venditione aliove titulo oneroſo tranſtulit, vid. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de Except. Reſol.* 4. *n.* 5. Sneidv. *ad §. 6. I. de act. n.* 72. Generatim quibus argumentis hic fraus alienantis convincatur, vid. Nic. Valla *d. Tr.* 12. *n.* 5. Wurmſer. *d. n.* 7. *& ſeq.* Sneidvin. *d. loc. n.* 70 *& ſeqq.* Trentacinq. *d. Reſol.* 4. *n.* 4. *& ſeqq.* fuſe Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 14. *& ſeqq.*

etiam hoc exigit, ut qui accepit, fciat rem ita fe habere: atque ita sit particeps fraudis, [14] *d. L.* 1. *L. ait*, in princ. & *§. quod ait*, *eod.* quod non utique is facere videbitur, qui eum, qui cum contraxit, creditores habere [15] fcivit, *d. L. ait*, *§. quod ait*, fed qui & eum non effe folvendo fcivit, & in fraudem creditorum alienare eo modo, quo fupra dictum eft: aut qui ipfe obnunciante creditore, ne emeret, nihilominus comparavit, *d. L. ait*, *§. fi quis particeps*, *eod.*

XI. Interdum & si is, qui accepit, nefciat rem geri in fraudem creditorum, tamen datur actio ad revocandum, quod alienatum eft. Sic enim verba funt edicti, ut propofui: *Interdum caussa cognita etsi fcientia non fit, in factum actionem permittam*, *d. L. ait*. Quod duabus in [16] caussis receptum. Una fi is, qui accepit, non is fuerit, qui poffet effe fraudis particeps, ut pupillus: altera, fi donationis caussa quid fit alienatum. Geftum eft aliquid cum pupillo, & fraudati funt creditores confilio debitoris. *Labeo ait*, inquit Ulpianus in *L. quod autem*, *§.* fi quid cum pupillo. *Omnimodo revocandam:* & rationem reddit: *quia pupilli ignorantia non debet effe captiosa creditoribus, & ipfi lucrofa: eoque*, inquit, *iure utimur*. Quafi diceret: hoc iure utimur, tametfi edictum de fciente loquatur. Et obfervandum eft fupra fcriptam rationem pertinere ad omnem pupillum, etiam cuius tutor ignoravit fraudari creditores. Ut dicendum fit, five tutor fraudem fcierit five ignoraverit, revocari, quod ad pupillum pervenit, & ideo ait, *id omnimodo revocandum*. Quod igitur idem Ulpianus fcribit in *L. ait*, *§. ait prætor*. huic actioni locum effe, fi tutor pupilli fcierit, ipfe pupillus ignorarit; de eo negotio dictum eft, quod geftum eft cum tutore: quo cafu Ulpianus ait, etiam pupillum teneri de eo, quod facto tutoris ad eum pervenit, fi modo tutor fraudationem non ignoravit: quod fi res gefta fit [17] cum pupillo, aliud dicendum eft: ne, ut fupra dixit, ignorantia pupilli, id eft, eius, qui fcire per naturam non potuit, noceat creditoribus. De eo quod donatum eft in fraudem creditorum, idem Ulpianus ita fcribit in *d. L. quod autem*, [18] *§.* fimili modo. *Simili modo dicimus, etsi cui donatum fit, non effe quærendum, an fciente eo, cui donatum eft, geftum fit; fed hoc tantum, an fraudentur creditores.* Diceret aliquis: at afficitur iniuria is, cui donatum eft, qui fine ullo delicto fuo plectitur: occurrit huic obiectioni Ulpianus, & fubiicit: *nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit: cum lucrum ei extorqueatur, non damnum infligatur:* fed addit iftos teneri hactenus dumtaxat, quatenus locupletiores facti fint: congruit, quod eft in *ead. L.* in verf. feq. & *L. penul.* in princ. & *§. fi prius*, *eod.*

XII. Sed quemadmodum oportet eum, cum quo res in fraudem gefta eft, fcire rem ita geri, ut nifi id fciat, non competat hæc actio: ita fi vel unum creditorem fcit fraudari, cæteros ignoravit, ad fcientiam, & participationem fraudis fatis eft, ut fit huic actioni locus: ita tamen, ut fi ei, quem fcit fraudari, fatis

factum

14) *L.* 6. § 8. *h. t.* Ratio *in L.* 9. ibi *quia dolus h. t.* vid. Sneidv *ad §. 6. I. h. t. n.* 37. *& feqq.* Vult *ibid n.* 37 Bargal. *Lib.* 5 *de Dolo* C. 6. *n.* 37. *& feqq* Aliud in Calvisiana *L.* 1. § *dolum* 4 *Si quid in fr. patr.* Harpr. *ad d.* § 6. *n* 8. Ortolf. Eoman. *Disp. Inst* 28. *Th.* 13 *lit. E.* Ratio differentiæ in *d. L.* 1. § 12. iunctis iis quæ *h. C N.* 24 Quid. fi initio contractus fraudis inscius fraude comperta rem accepit? Et hic tenetur quia in emptione bonæ fidei traditionis quoque tempore requiritur, ita Sneidv. *d loc. n.* 38 *& feqq.* Warnf. *Tit.* 28. *Obf.* 4. *n.* 6. Quod pluribus confirmat Barg. *d.* C. 6. *n.* 43. *&* 2. *feqq.* Quia *L.* 6. §. 8. *h. t.* habetur qui fciens *fufcepit*. Quo verbo tempus traditionis refpicit.

15) Cuius fcita ratio peti poteft ex *L. doli* 19. verf. *ult. de Novat.* Adhæc nemo fere negociatorum, quantumvis ditiorum creditoribus vacat. Bargal. *d.* C. 6. *n.* 38. Oldend *Cl.* 6. *Act.* 1 *in Practica n.* 4.

16 Vulgo & exceptionem ftatuunt in debitore civitatis, ut cui ab hoc alienatum teneatur etfi fraudis infcius, per *L.* 2 *circ med.* C. *de debit. civit. Lib.* 11. *tit* 32. Sneidv *ad §.* 6 *I. de act. n.* 40. Trentacinq. 2. *Refol. pract Refol.* 4. *de Except. n* S. Bart. & Dyn citati a Barg. *d.* C. 6. *n.* 44 Qui recte oftendit hanc exceptionem regula non contineri, cum ibi non alienata revocentur, fed poffeffores pro rata rei poffeffæ ad folutionem debiti conveniantur.

17) Concoqui hæc vix poffe videntur. Qui enim, inquiet aliquis, durior conditio pupilli natura nefcientis, quam alterius, qui inquirendo fcire potuit, & cui videtur imputari aliquid poffe, quod obæratum effe alienantem nefcivit. Nonne alias iura magis ætati favent. Verum ita puto. Aut tutor adhibitus contractui & five ipfe principaliter contraxit, five contractui impuberis auctoritatem præftitit, fi fraudis infcius tutor ceffat: hæc actio tum per *d L* 10 § 5. tum ne facilius teneatur pupillus quam alius quod abfurdum. Sin confcius tutor, datur actio non in folidum, fed quatenus locupletior pupillus *d. §.* 5. in quo mitius cum eo quam cum alio, perfonæ favore, agitur. Aut non adhibitus, & tenetur pupillus quatenus ex contractu eo lucrum cepit *d. L.* 6. §. 10. v. *lucrofa*. Ubi ratio dubitandi: Pupillus fine tutore rem fuam augere poteft. Ratio decidendi in *d. §.* 10 Et non favendum pupillo in alterius iniuriam. Alias notorie obæratus fraudare volens creditores cum pupillo contraheret &c. Confer. P. Fab *ad L.* 78 *& feq de R. I.*

18) *L.* 17 §. 1. *D. L. pen.* C. *h tit.* Ratio in *d.* 11. Fac. *L. ult. fub fin.* C. *de codicill.* Sneidvin. *ad §.* 6. *Inst. de act. n.* 46. Vult. *ibid. n.* 37. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo* C. 6. *n.* 61. Trentacinq. 2. *Pract. Refol. Tit. de Exc. Refol.* 4 *n.* 7. Quare fi dos data fuerit in fraudem, fcientia refpectu mariti requiritur, non autem uxoris *L. pen.* §. 1. *h. t.* Trentac. *d loc. n.* 8. Refert tamen in modo revocationis, cum qui ex lucrativo titulo poffidet, fcientiam habeat. Is fiquidem tenetur, etfi non factus locupletior, ut fi in rem donatam tantundem impendit &c. Bargal. *d.* C. 6. *n.* 63. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 12, *n.* 53.

Digitized by Google

factum sit ipso creditore admittente satisfactionem, cesset actio, admittente, inquam, creditore satisfactionem: nam eo repugnante, non evadet actionem is, qui fraudem participavit: hæc in *L. ait*, *§. illud.*

XIII. Sed ut maxime superiora concurrant, tamen non erit huic actioni locus, nisi bona debitoris veneant, ut dici possit, quod interdicto expressum est, ea quæ revocantur, esse [19] ex his bonis, de quibus agitur; id est, quæ creditores distrahant: hac de caussa si fraudator defunctus heredem habeat, & heredis bona venierint, placet cessare hanc actionem. *L. ait*, *§. si fraudator*, *D. eod.* quæ res facit, ut etsi bona tantum quæ olim fuerunt defuncti, veneant, & quidem tunc, cum heres ob aliquam caussam fuerit restitutus: tamen nunquam competat creditoribus actio revocatoria de his, quæ a defuncto alienata sunt: semper enim verum est ea bona vænire, quæ sunt heredis; quippe qui heres factus, eorum dominus iure esse cœperit. *L. cum heredes*, *D. de acq. possess.* Nec quidquam mutat in integrum restitutio: qui enim semel heres extitit, non potest, quin & post restitutionem heres maneat. *L. ait*, *§. sed quod Papinianus*, *D. de minor.* Et hæc quidem iure civili ita se habent: cæterum herede in integrum restituto, restitutio eo rem deducit, quasi nec heres extitisset, qui extitit, perindeque bona defuncti veneant, ac si heredem non haberet. *§. sui autem*, in fin. *Inst. de her. qual. & diff.* Ergo iam hoc casu creditoribus defuncti revocatoria dabitur, ut subiicitur ab Ulpiano in *d. L. ait*, *§. si quid in fraudem*. sed utilis, ut ipse scribit, non directa ob eam caussam, quam dixi. Quæ si ita sunt, utcunque bona fraudatoris in ea caussa sint, ut veneant; tamen non ante revocatoria actio competit, quam bona distracta fuerint. *L. ait*, *§. 1. L. ult. §. ult. eod.* inde annus, intra quem hæc actio datur, dicitur computari [20] *ex die venditionis bonorum*. *d. L. ait*, *§. annus*. alias prius inciperet cedere, si ante experiendi potestas esset. *L. 1. D. de diver. temp. præs.*

XIV. His rebus, quas exposui, concurrentibus interdictum [21] dabatur olim, quod supra retulimus. Deinde ex caussa interdicti in factum actio, quæ nominatur in edicto, & alibi passim, ut *L. ait*, *§. quod ait*, *§. si quis particeps*, *§. si debitorem*. *in L. hæc in factum eod.* nunc loco interdicti sola est actio in factum *d. §. ult. Inst. de interd.* hæc datur curatori bonorum, si constitutus est: si nullus est curator, datur iis, quibus de ea re actionem dari oportet, ut edicto expressum est. *L. 1.* Hi sunt creditores, qui obtinuerunt, ut bona distrahere liceret: comparata est enim actio, ne fraudarentur creditores: proinde iis, qui fraudati sunt [22] danda est: quod & significatur in

L. si

19) Quia hac actione res traditæ perinde ac si traditæ non essent, revocantur. Seu ut Imperator *in §. 6 I. de act.* dicit actor rem traditam non esse & ob id in bonis debitoris mansisse, non quidem nominatim, sed quod nihili putanda traditio & pro nulla habenda, Hot. *ibi Enume.* 2. Peracta quippe reliquorum venditione si æri exsolvendo non sufficiunt, tum ad has res alienatas pervenitur, ut revocatæ æque distrahantur; atque si una in earum possessionem missi fuerint creditores, licet forte ante missionem alienatæ sint. Quid quod post Goth. *in L. 9. h. t.* A. Fab. 20. *Conject.* 14. contendit si bona antea possessa, nec ipso iure tenere alienationem nec si bonæ fidei emptori facta sit, proinde hac actione opus non esse, ne alias lusoria sit missio. Nec omnino abludit quod Pariador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 4 §. 5. *n.* 15. ex Cyn & Baldi opinione, quam veriorem & æquiorem vocat, scribit Titulum hunc intelligi debere quando ante litem motam alienatio in fraudem facta. Quod si lite mota dolus intervenerit, etiam citra contractus rescissionem adversus dolo possidentem recta ius suum persequi victorem. Enim vero hoc non aliter obtinere puto quam si res litigiosa effecta. Litigiosa autem non utique bona omnia in quæ missio facta. Ac immo exempla alienationum post bona possessa, quibus locus edicto *in L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. h. t.* Et *L. 9. h. t.* convenientius accipitur de re post bona possessa, empta, quam si cum A. Fabro interpreteris, cuius bona *postea* possessa sunt Nam immo qualitas adiecta verbo intelligitur secundum tempus verbi.

20) Recte. Et ita DD. vulgo ut huic actioni locus sit præcedere oportere excussionem bonorum debitoris. Ut non prius veniatur ad tertium, quam ubi de residuis bonis credito satisfieri nequit. Quod satis prob. *L. 1.* verbis: *bonis eius excussis*. item *L. 2.* ibi, *bonis defuncti non sufficientibus. & L. pen.* ibi: *bonis possessis itemque distractis*. *C. h. t.* Neque enim de fraudis eventu apparere potest, vid. Coras. *ad §. 6. I. h. t. n.* 7. Sneidw. *ibid.* n. 59. *& seqq.* Vult. n. 21. *& seqq.* Cuiac. 12. *Obs.* 5. Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 1. *& n.* 12. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 2. *& seqq.* Trentac. 2. *Pract. hos. Tit. de Except. Res.* 4. *n.* 12, *& seqq.* Plane non prævia excussione tenere hanc actionem volunt, si a reo non opponatur, Sneidvin. *d. loc. n.* 63. Trentac. *d. loc n.* 13. Nec requiri eandem, ubi non quantitas, aut genus, sed species certa debita, eademque in fraudem alienata, Sneidvin. *ad d. §. 6. n.* 64. Trentac. *d. loc. n.* 11. Bargal. *d. C.* 8. n. 8. Atque ita re duobus vendita, si posteriori tradatur, in fraudem prioris, de fraudem participante Paulianam dari, (ut in eo dispositio *L.* 15. *C. de R. V.* fallat) ex communi opinione in iudiciis servanda, licet forte in puncto iuris non videatur vera, scribit Gomez. 2. *Var. Resol.* 2. *n.* 20. *fol.* 223.

21) Et interdicti fraudatorii mentio in *L.* 67. *§. 1. & 2. ad SC. Trebel. L. pupilli* 96. *pr. de Solut.* Quod num idem sit cum hac actione, non convenit, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 59. *& seqq.* Sneidvin. *ad §. 6. Inst. de act. n.* 10. Sicuti & multum disceptatur num hæc actio in rem sit, an in personam? Prius placet Cuiacio, Corasio & Vulteio *ad §. 6. I. de act.* Gifanio *ad L.* 25. *ac & A. n.* 29. *& seqq.* Posterius Donello nostro ad *d. §. 6.* & A. Fabro 20. *Conj.* 16. Atque ita Sneidv. *ad d. §. 6. n.* 14. & Old. *Cl.* 6. *Act.* 1. *n.* 3. dari actionem hanc ex delicto contra fraudis conscium, ex quasi contractu vero contra eum qui titulo lucrativo accepit.

22) Ex omni caussa *per L.* 16. *§. 2. L.* 27. *D. Qui & a quib. manum.* De quo & num quoque in diem, vel sub conditione debetur, consule Vult. *ad §. 6. I. h. t. n.* 19. *& seq.* Coras. *ibid. n.* 5. Sneidv. *n.* 22. fuse Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 4. n. 3. *& seqq* Num creditori futuro, veluti si qui in animo habet mutuo sumere, antequam accipit, alienat, vid. Vult. *d. loc.* n. 21. Sneidvin. *d. n.* 22. Covar. 2. *Var. Resol.* 7. *n.* 7.

Digitized by Google

L. si pater, *eod.* ipsi fraudatori dari non oportet. Neque enim factum iure infirmare potest, & stulte ei committeretur hæc actio, qui nunquam ageret, quo magis fraudentur creditores.

XV. Datur in eum, qui cum res in fraudem gesta est, si fraudem non ignoravit. *L. ait*. in princ. & §. *ait*, *eod.* Nec in huius persona quidquam intererit, utrum res ad eum pervenerit, nec ne, itaque & procurator alicuius, si sciens quid emerit a debitore fraudandi caussa alienante, tenebitur hac actione, quanvis non ad eum res pervenerit, fed ad dominum. *L. ult.* §. *si procurator*, *eod.* In eum ad quem res pervenit, si fraudem ignoravit, hæc actio non datur, ne si eum eo quidem res gesta sit; quo fit, ut multo minus teneatur hac actione is, qui emit bona fide non a fraudatore, sed ab eo, qui prius a fraudatore sciens emerat. *L. qui a debitore*. Sane si quid gestum sit cum tutore qui fraudem non ignoret, etiam in pupillum hæc actio dabitur, de eo quod ad ipsum pervenit: ut tutoris scientia pupillo noceat: idemque in euratore furiosi & adolescentis dicendum est. *L. ait*, §. *ait*, *eod.* Nam & alias generaliter ex facto tutoris tenetur pupillus, ex facto euratoris adolescens, si quid facto tutoris ad illos pervenit. *tot. tit. quan. ex fac. tuto. D. & C.* Et, quod de re cum tutore gesta dictum est; valet in eo, quod gestum est eum servo sciente, ut de eo teneatur dominus, aut quatenus est in peculio, aut quatenus ad dominium pervenit, *L. quod autem*, §. *similt modo quæritur*, *eod.* Si ad plures fraudis participes res pervenerit, omnes tenebuntur; ut puta filiæfamilias nomine dos data est in fraudem creditorum, tenebitur & maritus, & mulier, & pater mulieris, si omnes fraudem scierunt, sed maritus, ut dotem iam nunc restituat; mulier & pater, ut eaveant, si ad se dos pervenerit, se restituturos. *L. ult.* §. *item si extraneus*, *eod.* Nec solum tenetur hac actione is, cum quo res gesta est, aut ad quem res pervenit: sed etiam fraudator. *L. ult.* §. *ult. eod.* ait enim prætor: *Idque etiam adversus eum, qui fraudem fecit, servabo*. L. 1. eod. quæ verba non putavit Mela ad debitorem fraudatorem pertinere, quia iniquum esset ex ante gesto actionem dari in eum cui bona essent ablata: ut Venuleius refert in *d. L. ult.* §. *ult. eod.* Ipse autem putat eo loco etiam in eum banc actionem dandam: si modo ita quædam deperdiderit, ut recuperari non possint, ut hoc casu non tam emolumentum actionis intueri videatur prætor in eo, qui exutus est bonis, quam [23] pœnam. Cui sententiæ congruit illud Marcelli in *L. si pater*, *eod. tit.* existimantis, si pater filiofamilias liberam peculii administrationem concesserit, & talem, ut vel in fraudem debitorum posset peculium alienare, in patrem dandam esse actionem, quatenus de peculio alienatum est: quasi, inquit, pater alienasset.

XVI. Datur autem actio adversus eos, quibus cum res gesta est, quique fraudem non ignorarunt, in id, ut quod amissum est, restituant. *d. L. ait*, quo verbo quid contineatur, videamus. Et quod ad rem attinet, quæ alienata est, hoc continetur, ut & possessio, & dominium restituatur. *L. hæc in factum*, *eod.* quæ ita iubetur restitui, ut nec precium emptori restitui oporteat; nisi forte nummi soluti extent [24] in bonis debitoris. *L. si debitor*, 7. & *L. seq.*

XVII. Si debitorem fraudator liberavit, hoc agitur, ut is qui liberatus est, restituat obligationem; puta, ut stipulatio quæ accepto facta fuerit, ex integro interponatur. *L. ait*, §. *exitus*, *L. omnes*, in princ. *eod.* Interponatur autem, qualis antea fuerat: scilicet, ut pura pure: conditionalis cum sua conditione: in diem contracta cum sua die: temporaria, in id tempus duntaxat restauretur, quod tum, cum

23) Ut vel carcere & vinculis coerceatur Cuiac. 12. *Observ.* 5. Oldend. *Cl. 6. Act.* 1. n. 6. Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 17 Snedvin. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 28. statuent fraudatorem cedendo bonis carcerem non effugere, ut & Gœd. *ad L.* 125. *de V. S. n.* 6. ac Bargal. *Lib.* 5 *de Dolo C.* 8. *n.* 65 *ac seq.* Aliter A. Fab. 20. *Conj.* 13. & aliter post Lud. Mann. *Lib* 2. *Act. C.* 12. Vult. ad §. 6. *I. h. t. n.* 52. qui ad hoc conveniri volunt ut revocationem fieri videat & patiatur. Num autem & contra fideiussorem debitoris fraudatoris datur? vid. Bargal. *d. Lib.* 5. *C.* 7. *n.* 88 *& seqq.*

24 Qua de re plenius Bargal. *d. C.* 7 *n.* 41. *& seqq.* ubi & quærit num hic emptor saltem a venditore pretium recipere debeat. Quod ipsum affirmat rationibus hinc inde discussis *n.* 47. *& seqq.* Plane Calvisiana conventus pretium recipit *L.* 1. §. 12. *si quid in fr. patr.* ubi ratio differentiæ *sunct. not. h. C.* 1. *N.* 14. Adhæc ibi patronus lucrum captat, hic creditor damnum vitare studet, Ortolph. Fomon *Disp. l.* 28. *Th.* 13. *lit. G.* Quid si emptor fraudulentus alii bona fide ementi vendidit? in solidum pretium rei quod accepit tenebitur *L.* 9. *h. t.* Ubi A. Fab. 20. *Conj* 14 vel verba *quod accepit* expungenda censet, vel legendum *quod non accepit*. Quid enim, inquit, si rem vilioris vendidit, anne hoc damno creditoris cedet. Adhæc solidum pretium idem cum iusto, ad differentiam conventi & accepti. Sed nihil mutari necesse est, si speciem ponimus, ubi fraudis conseius emptor carius vendidit alii, quam quanti ipse a fraudatore emit. Fere enim fit ut qui in fraudem alienat, si ei vendidit, qui fraudis notitiam habet, minori iusto pretio transferat, ex quo nemo facile gratis malus est. Hic si alteri fraudis inscio iterum vendat, iustum facile & solidum pretium consequetur. Ratio itaque dubitandi *d. L.* 9 videbatur quod auctarium secundi pretii, in quo pretium primæ venditionis excedit, in Paulianam non venit, quasi lucrum id negociationis potius sit. Contra deciditur.

cum obligatio extincta est, obligationi fuperérat. *L. ait*, §. *præterea*, & seq. *L. omnis*, *eod.*

XVIII. Quod si quis per fraudationem nactus fit actionem; si quidem adversus debitorem ipsum, qui se obligavit, hunc liberare debet: sin adversus alium, ut fit, cum debitor alicui res aliquas tradidit, ut eæ Titio fraudem non ignoranti redderentur (quo facto Titio acquisita est adversus accipientem mandati actio) tum Titius hanc actionem debet actori cedere. *L. hæc in factum*, *eod.*

XIX. De fructibus, & caussa, omnique commodo, quod ex re alienata percipi potuit, tractatum est. Et sine dubio post iudicium acceptum omnis caussa præstabitur: id est fructus, & partus, omnisque accessio, non tantum quæ percepta est: sed etiam quæ percipi potuit, si res restituta esset, cum petita est [25] *L. ait*, §. *per hanc*, & §. *præterea*, seq. *L. ult.* §. *non solum*, *eod.* quod non in hoc genere actionis tantum, aut certis quibusdam servatur; sed in universum in omnibus. *L. vulgo*, *D. de usur.* Idque etiam restituendi verbum significat. *L. restituere*, *D. de verb. signific.* sed & qui fructus, cum res alienabatur, terræ cohæserunt, in restitutionem venient; quia fuerunt in fraudatoris bonis, ac proinde amissi sunt: qui vero medio tempore sunt percepti, non venient in restitutionem: hac de caussa, quia non fuerint in bonis, hæc in *L. ult.* §. *non solum*, & seq. *eod.* & hoc est plane, quod dixi initio, nihil amplius revocari hoc edicto, quam quod amissum est, neque vero amittitur id, quod debitor non habuit.

XX Sed his de rebus datur actio intra annum duntaxat, quo experiundi potestas est, *d. L.* §. *L. ait*, eum annum iam dixi, ex [26] die venditionis bonorum computari. *L. ait*, §. *annus*, *eod.* & cur, ostendi; hæc autem res declarat hanc actionem persecutionem rei non continere; cui consequens est, ut nec detur in heredem eius, cum quo sciente quid fraudationis caussa gestum est, *L. in honorariis*, *D. de obli. & act.* Et sane ultra quam pervenit, datur hæc actio, & in dolum concipitur; cuius generis quæ sunt actiones, pœnam habent, non persecutionem rei. *L. huius*, *D. quod falsi tut. auct.* Sed ut cæteræ, quanvis nascantur ex delicto, idque puniant; tamen de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, perpetuæ sunt, & dantur in heredem. *L. in heredem*, *D. de calumnia.* *L. quod diximus*, §. *ult.* *D. quod met. caus.* sic & hæc etiam post annum de eo, quod pervenit, competit. *L. ait*, §. *actio hæc*, *eod.* eademque ad hanc usque quantitatem non tantum heredi, sed etiam in heredem [27] dabitur: quo sensu accipi debet, quod est in extremo *L. ait*, *eod.* quod & ex præcedentibus & capite sequenti apparet.

HUGO-

25) Huc pertinet *L.* 78. *de R. I.* Ubi de hoc fuse tractat Petr. Fab. *pag.* 357. *& seqq.* add. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 30. *& seqq.* Co. Copus *Lib.* 4 *de Fructib.* *Tit.* 1. *C.* 6. Utri autem fit hæc restitutio, agentine creditori, an debitori qui alienavit? Posterius contendit Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Except Resol* 4. *n.* 21. & Vult. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 54. (1) quia hic fit restitutio in pristinum statum, ut perinde sint omnia, ac si nihil alienatum esset *L.* 38 §. 4. *de usur* (2) quia intendit actor rem in bonis debitoris mansisse *d.* § 6. Debitor itaque pro domino habetur proinde ipsi restituendum. Sed Vulteium refellit A. Fab. 20. *Coniect.* 16. quia Pauliana agitur, cum iam debitor excussus & omnibus facultatibus exutus *L. ult.* §. *ult. h. t.* vid. *supra N* 20 ubi iam bona venditi, ut nec ulla habeat nec habere possit, nisi dimissis omnibus creditoribus Ex quibus facilis ad obiectiones solutio. Neque enim eum hac agitur, cætera sunt in eo statu quoad debitorem, quo erant tempore alienationis. Et quod hic nihili putatur, alienatio id efficit ut missi videantur creditores, tam in possessionem alienatorum, quam quæ remanserant. Hac actione ut liberetur reus oblatione debiti, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 69. *& seqq.* Wurmser. *Tit.* 28 *Obs.* 4. *n* 18 audiri scribens etiam post sententiam, usque quo susceptum iudicium in actione iudicati.

26) Quomodo & exponenda *L.* 6. §. *ult. h. t.* non autem ut Old. *Cl.* 6. *Act.* 9. *n.* 8. de die alienationis fraudulentæ. Exerceri quippe hæc actio nequit, nisi bonis aliis venditis, vid. *not. h. C. N.* 20. etsi forsan antea nata sit. Utilis autem hic annus non currit, nisi ea quo agi posse cœpit Sneidvin. *ad* §. 6 *Inst. de act. n.* 83. Coras. *ibid. n.* 7. Wurmser. *Tit* 28. *Obs.* 4. *n.* 2 Plane remissa in fraudem actione ad liberationem revocandam id tempus datur, quod supererat obligationi *L.* 10. §. 23 *h. t.* Sneidvin. *d. loc. n* 82 & Wurmser. *n.* 3

27) In quo nempe valor rei pretium conventum datumque excedit, Sneidvin. *ad* §. 6. *Instit. de act n.* 81. Wurmser. *d. Observ. n.* 4. In excessu enim illo caussa lucrativa est. Sneidvin. *d. loc n.* An & Cessionario hæc actio competat, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 85. *& seqq.*

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS QUARTUS.
CAPUT I.

De litis conteſtatione. Poſt hanc quod ſit officium iudicis: tum quæ litigatoribus agenda ſint.

Continuatio, propoſitum auctoris, & methodus. I.
Litis conteſtatio qui fieret apud veteres, & quomodo ſub Imperatoribus emendata. II. III.
Initium iudicii apud Romanos ex iudicii formula, qua prætor iudicium dabat: *quæ horum verborum ſignificatio.* IV.
Formula iudicii quæ; huius cauſſa triplex; prima iamdiu obſolevit, & altera. V.
Tertia utilis etiam noſtris moribus, & quare: hæc conſtituebat iudicium. VI.
Accipere, ſubire, excipere iodicium *actor & reus dicebantur, & quomodo.* VII.
Pro dato & conſtituto olim iudicio cedere hodie litis conteſtationem. VIII.

I. Poſtquam in ius vocatus eſt reus, eique edita actio eſt, ſpaeio ſumpto, quod legibus tribui diximus, deliberare ſecum debet, Utrum cedere an contendere velit, & de eo reſpondere actori. Ex qua reſpouſione, magiſtratus, ad quem introducta controverſia eſt, quid ſequatur & ſtatuat, habebit. Non enim idem reſpoudent omnes. Ac pro reſpouſione ius commutatur. Fieri poteſt, ut iu iure fateatur reus rem eſſe actoris, quæ petitur; debere ſe quod petitur. Fieri poteſt, ut neget. Utraque res aliud atque aliud officium eius, qui aditus eſt, ioducit. Si confitetur in iore reus, lis ſublata eſt, quæ nulla eſſe poteſt, niſi de re coutroverſa, Ideo ſic ius couſtitutum habemus, ut confeſſus habeatur pro iudicato, ot proiode hic ceſſeot iudicantis partes, ſuccedantqoe partes magiſtratus de cogeudo reo ad ſolvendum: eædem, quæ rebus iudicatis ſolent eſſe adverſus coudemnatos. Sed de cooſeſſis dicendum eſt poſtea. Poſtquam enim adverſus confeſſos ſequimur regulam iudicati: de illis, niſi expoſito omni rerum iudicatarum iore, recte dici non poteſt. Itaque factum eſt ordiue cum in edicto perpetuo: tum iu Paudectis, & Codice, ut titulus de confeſſis ſubiiceretur titulo de re iudicata, & de rei iudicatæ exſecutioue. Si negat reus, quod intenditor & hic adverſus actorem conſiſtendum potat; ſit eius negatioue res dubia, oaſciturque ex hac contentiooe utriuſque ea, [1] quam litem, & cootrover-

[1]) Veriſſimum enim quod Vigel. *de Lit. conteſt. C.* 3. & paſſim Obrecht. *Tr. de Lit. conteſt. C.* 2. *n.* 16. *& ſeqq.* Bachov. *Diſp. C.* 1. docent & per confeſſionem rei non induci litis conteſtationem onqoam poſſe, & non niſi negatiooe ex parte Rei illam fieri. Quod & *L.* 14. §. 1. *C. de iudic.* ſatis clare probat verbis: per narratiooem propoſitam & contradictionem obiectam. Et ipſa naturalis ratio cuivis dictat litem non eſſe poſſe, oiſi unus affirmet, alter neget. Nam cum a conteſtatione ac iis oriatur, indeque initium conflictus ac concertationis iudicii fiat, de qua re lis ooo apparet, de eadem nec conteſtata dici poteſt: Cumque res affines ſint iudicium ac prælium, ſicuti certamen non init, qui deditione in hoſtium poteſtatem venit, ita oec qui confitetur, iudicium accipit, *L.* 71. §. 2. *de L.* 1. Forcat. *Sphera Legali n.* 39. Proinde non videntur adeo a vero deviare, qui idem Iuriſconſultis conteſtationem litis eſſe, quod Rhetoribus inquiſitio ac conſtitutio ſtatus cauſſæ, ita ut ex hac profluat ſtatus cauſ-

versiam nominamus. Unde hæc ipsa sive contentio sive expositio negotii, quia simul olim litigatores in ea, quæ intenderent, & responderent, testes adhibebant, litis [2] contestatio appellatur. De quo verbo paulo post plura. Huius litis dirimendæ caussa iudex quæritur, ex quo intelligitur, quodnam hic officium magistratus, qui aditus est, esse velimus. Nempe hoc, si res naturæ tantum ordine quæratur, ut vel iudicet ipse, vel alium det eius rei iudicem, quibus in caussis licet dare, ut sit videlicet, qui iudicio suo controversiæ finem imponat. Quo posito, nihil supererit, nisi ut quæratur, quodnam sit officium iudicis. Et ita, inquam, se res habet, si quæratur res naturæ tantum ordine sine alia solemni forma, & præceptis civilibus. Nunc autem iuris civilis ratio hic nos remoratur. Primum sunt quædam, quæ ius civile vetus in litis contestatione, & facto magistratus exigat ad ordinationem iudicii. De quibus vel ideo dicendum est, ut sciatur, an eodem iure etiam num utamur: vel ut nihil sit aliud; saltem ideo ut ratio loquendi, quæ inde nata est, & passim a veteribus io hoc genere usurpatur, nota sit. Deinde est quiddam non tam ad constitutionem iudicii necessarium, quam litigatoribus utile, quod illi in litis contestatione caveie debeant: cuius propterea initio admonendi videantur.

II. De utroque igitur prius, ut iudicii ordo, & utilitas litigatorum iure civili postulat. Mox de iudicio & officio iudicis. Et quod ad litis contestationem attinet, ita ius fuit olim, ut non esset satis quibuslibet verbis intendere aliquid suum esse, sibi aliquid deberi, idque petere per iudicem: sed certæ [3] formulæ essent cuiusque actionis, atque adeo etiam responsionis rei: si modo is non inficiatione, sed contra defensione aliqua uteretur. In quibus, si quis peccaret, inutiliter ageret. Pomponius in *L. 2. §. deinde ex his, D. de* orig. iur. *deinde ex his legibus*, inquit, *eodem fere tempore actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus ut vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt:* atque inde factum, ut ipsa actio quia formula solemni constaret, formula vulgaris sit appellata a Paulo in *L. si servus navem, D. de furt.* Fuit & hoc solemne veteribus, ut cum negotium apud magistratum exposuissent, in id, quod intendisset actor, quodque contra respondisset reus, ambo ultro citroque testes adhiberent. Unde verbum litem contestari, auctore Festo in verbo, *contestari*. Sed ne quid necesse sit de his persequi longius; & formularum, & testationis necessitas in lite instituenda hodie sublata est. De formulis quidem exstant constitutiones sub Titulo. *C. de formul. & impetrat. act. sublatis*. quibus constitutionibus cavetur, ut iuris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes amputentur: & dum actionem rei, & proposito negotio convenientem esse constiterit, nihil quæratur amplius. Et hic quidem titulus, ut nihil addatur aliud, palam ostendit fuisse in usu eas formulas, quas dixi. Quibus sublatis supervacaneum est, de his plura scribere, præsertim cum & ab aliis indicatæ sint pleræque, & res sit a memoria nostra alienior.

III. De testatione autem, & hanc quoque sublatam esse, inde sciri potest, non solum quod nulla eiusmodi testatio exigatur in libris nostris; qui nobis a Iustiniano traditi sunt: sed etiam quod in *L. Unic. C. de lit. contestat.* non obscure significetur ad efficiendam eam, quæ dicitur litis contestatio, & ad rem in iudicium

caussæ, in quo tota contentio litigatorum consistit Vigel. *d. loc.* Obrecht. *d. Tr. C. 5. n. 32. & seq.* ac passim Pollet. 4. *Hist. fori* 8. Aot si omnino aliquo respectu diversa sicuti Gœd. *ad L. 36. de V. S. n. & seqq.* constitutionem litis a contestatione differre contendit, quod illa formulam futuri iudicii exprimat, hæc de data formula interponatur &c. fateri tamen omnino oportebit, non aliter aut antea recte eam fieri, quam de illa caussæ constitutione, & io quo *κρινόμενον* versetur, appareat. Etsi DD. vulgo doctrina & iudiciorum vulgatus osus valde discrepet. Qua in re periculose errari, indeque confusionem & litium diuturnitatem oriri, Vigel. conqueritur. Sed quid de hac re nostri iudicii sit, & de tota materia accuratiorem dispectionem in aliud tempus reiiciemus.

2) Vid. Ræv. *Pretrib. Cap.* 11. Cuiac. 9. *Obs.* 21. P. Fab. 2. *Semestr.* 24. Ioach. Stephani *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 9. *n.* 10. Obrecht. *de Lit. contest. C.* 5 *n.* 3. *&c.* Attamen Pollet. 4. *Hist. fori* 8. inde dici contestatam censet, quod post iudicium acceptum sit perpetua, ut virtus contestata pro perenni, Cic. *pro Flacco*. Aliter Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 14. quod ubi dilatoriis exceptionibus in iure reiectis reus iudicium subterfugere non posset, actor attestaretur, se intentionem suam, reus autem contestaretur, se exceptionem suam probaturum. Nostrati dicitur *die Kriegsbefestigung*. Speciem enim bellici certaminis habet forense. Et in ius vocatio, ac quæ præparatoria hodie, loco inductionis & denunciationis sunt. Hæc autem primus veluti pugnantium congressus; Unde olim solemne quoddam litis contestationis manuum consertio. Induciarum deinde loco dilationes, quæ & induciæ usurpantur. Hinc Cic. *pro Cæcinna* actione confligere, & confligentes pro reis *L. pen. Cod. ad L. Corn. de fals.* Pollet. 1. *Hist. fori* 4. *n.* 4. Theod. Marcil. *in L. 12. tabb. collect.* C. 18. Forcat. *Sphæra legali C.* 1. *n.* 38. *& seqq.* Obrecht. C. 1. *n* 3.

3) De formulis actionum & iudiciorum consulat, cui lubet Vacon. 6. *Declar.* 87. *n.* 11. *& seq.* Pollet. 3. *Hist. fori* 15. P. Fab. 1. *Semestr.* 21. Christoph. Coler. *Parerg.* C. 9. Gœd. *ad L. 5. de V. S. n.* 24. *& seq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte* 5. §. 1. *n.* 5. *ac* 6. Charond. *de Iurisd. n.* 8. Ræv. *de Auct. prud. C.* 2. Obrecht. *de Concipiend. libell.* C. 8. *n.* 20. *& seqq.* &c.

eium deducendam, sufficere solum narrationem negotii, per quam iudex caussam audire cœperit. Nec immerito. Postquam enim iudicium a magistratibus dari cœpit, cum iudicii formula vel constitutio inter acta iudicii extaret & acta fidem habeant publicam: frustra desideretur alia eius rei probatio. Itaque res sublata: nomen tamen, quod initio fuerat, mansit, diciturque usitate litis contestatio pro ea negotii narratione & litigatorum conflictu, qui litem facit, & iudici indicat *d. L. uni. C. de lit. contesta.* Ex his apparet in litis contestatione rediisse rem nobis ad simplicitatem naturæ: ut 4 quibuscunque verbis actionem intendat actor, quibuscunque adversus consistat, & se tueatur reus, dum de re constet, satis sit ad litis contestationem, & ad rem potestati magistratus subiiciendam.

IV. Sed nondum initium iudicii. Visum est Romanis sic esse iudicium de re controversa, si magistratus ipse, qui aditus est, iudicium daret atque constitueret. Nam esse prætoris iudicium dare, & dare actionem, ipsorum prætorum edicta satis probant: quæ magna ex parte ita concepta sunt, ut in his polliceantur, se iudicium aut actionem daturos. Videndum, quid eo verbo contineatur. Et si de vi verborum quæritur, non difficile est intelligere, dare actionem esse agendi seu experiundi potestatem facere: iudicium dare esse facere iudicii potestatem, idest concedere, ut sit iudicium de re controversa, quale postulatum est. Ut utrumque te ipsa idem valeat: cum non sit actio, nisi quæ rem iudicio persequitur: nec sit iudicium, nisi ei qui agit adversus eum, cum quo agitur. Itaque non abs re prætor in edicto de sepulcro violato quod extat in *L. 3. D. eod. tit.* promiscue ista pro eodem usurpavit, *iudicium dabo, actionem dabo, & agendi potestatem faciam.* Et hæc inquam, verborum vis est. Sed quæritur, quomodo prætor hanc potestatem faceret. Id vero perficiebatur formula iudicii reddita. Ex quo illa: includi potestatem iudicis iudicii formula: & arbitrum iudicii formula solutum apud Senecam.

V. Ea duo complectebatur prætor. Nam propter verborum formulas, quibus concipiebatur, & impetrabatur actio (quas supra sublatas esse diximus) constituebat, qua de re ageretur: & una iubebat, de ea re esse iudicium, quo is, cum quo agitur, condemnetur. Fuitque formula ad hunc fere modum: Si paret Lucium Titium Publio Mævio decem ex caussa mutui dare, facere, oportere, de eo iudicium est, quo Publius Mævius condemnetur: sic enim in edicto de sepulcbro violato scriptum est: iudicium dabo, ut ei ad quem ea res pertinet, condemnetur. Quod si prætor daret iudicem, pro his verbis, de eo iudicium est, ita diceret; Aquilius iudex esto, & Mævium condemnato. Ut hoc modo iudicium daret prætor, institutum esse videri potest tribus maxime de caussis. Primum, cum iuri reddendo præsit magistratus, videtur convenire huic potestati, si actio ab eo impetretur: scilicet, ut quemadmodum reliqua, quæ ad ius nostrum pertinent; sic actionem, quia de iure experimur, reddat: ut sciretur rite actum esse iudicio. Nam neque dabatur alii, quam ei qui rite egisset; & hoc amplius in ea verba reddebatur a prætore, in quæ postulatum erat. Sed prior ex his caussa nihil ad rationem iudicii. Altera etiam formulis actionum sublatis, hodie nulla est.

VI. Est vero tertia, quæ etiam nunc valere debeat, ut quæ maxime pertineat ad iudicium recte ordinandum; Nempe ut iudicio dato ita ut supra dixi, iam ab initio sit certum & constitutum id quo iudicium omne, idest, & probationem litigatorum & iudicis cogoitionem referri oportebat. Quod fieri apprime est in iudicio utile: ne aut litigatores alias res agant, & vagentur, dum non babent scopum propositum, quo tela dirigant: aut iudex quidvis in eo iudicio sibi permittat; dum nullis finibus litis iudicium eius, & potestas circumscribitur. Unde ea formula a prætore reddita, admisso actore ad agendum, dictum est a veteribus constitui iudicium, non tam ideo, quod iam inde iudicium esse inciperet, quam quod ea formula poneretur, & constitueretur id,

4) Ita autem negocium exponi iuris rationi conveniens est, ut ex intentione actoris ac inficiatione, aliave depulsione rei iudex in quo caussa consistat perspicere possit. Quod & Vigel ac Obrecht. *de Lit. contest* sæpius inculcant, & Donell idem sentire apparet. Quocirca verissimum est vulgatam formulam: *Nego narrata prout narrantur, & dico petita fieri non debere*, a vera litis contestatione nimium quantum discrepare, cum iudex æque incertus sit ac antea, in quo lis consistat, vid Vigel *de litis contest. C. 2.* & Obrecht *c. 2 n. 35. & seq. ac C. 7.* Unde eam ceu captiosam rectissime Augustus Elect. Sax. reprobavit, sanxitque ut ad singula libelli capita dilucide ac distincte reus respondeat *Nov. sua 10. P. 1.* Enim vero etsi in eadem caussa, seu lite plures controversæ quæstiones moveri possint: litis tamen contestatio ea solum quæ ex prima conflictione oritur, cuius occasione aliæ nasci possunt. Nec spectatur, nisi super eo, de quo principaliter contenditur, cum etsi de incidentibus & emergentibus aliis quoque cognoscatur, de hoc tamen solum definitiva ferri debeat sententia, vid. Vigel. *Cap. 1. p. 146. & seq.* Pollet. *4. Hist. fori 8. p. 356.*

id, de quo iudicium esset, & in quo id ipsum versaretur. Cicero in Partition. *Atque etiam de constituendo ipso iudicio solet esse contentio: cum aut sitne actio illi qui agit, aut iamne sit:* & quæ sequuntur.

VII. Iudicium ut dabat prætor, ita datum litigatores accipere dicebantur. Actor quidem fine dubio cum præcipue is iudicium postularet; & volens prætor volenti & postulanti id redderet. Sed nihilominus & reus dicebatur id accipere. *L. si is qui*, 34. *D. de iudic.* etsi enim nollet fortasse id admittere, si liceret (unde iudicium dicitur reddi in invitum, *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl.*) coactus tamen metu potestatis, quæ exercetur in contumaciis, velle intelligitur. Dicitur & reus iudicium, seu actionem excipere. *L. qui non cogitur*, *D. de iudic.* tanquam solum videlicet quod intenditur ab actore. Item suscipere, & subire iudicium. *L.* 2. *§. legatis*. *L.* 3. *L. sed etsi susceepit*, *D. de iud.* Cicero in eod. loco: *Quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque iudiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere generis eius sunt, ut quanquam in ipsum iudicium sæpe dilabantur: tamen ante iudicium tractanda videantur*, & quod sequitur. Quæ duo posteriora inde dicta sunt, quod ita iudicium accipiat reus ut accipiat in sese, subeatque necessitatem parendi, si eo iudicio victus fuerit. Quia tamen & actor iudicium non sibi tantum sed etiam adversus se admittit: hæc eadem & actorem facere non male quis dixerit. Ex quo est quod iudicio dicitur contrahi *L.* 3. *§. idem scribit*, *D. de* *pecul.* Quia autem lite contestata postulante actore, eodem tempore reddebatur iudicium, eam ipsam contestationem [5] verbis exprimens: nec ante contestatio pro iusta contestatione habebatur, quam iudicio esset inclusa: inde factum est, ut hæc in usu iuris idem exprimant, post litem contestatam, & post acceptum iudicium. Ut hi loci indicant: *L. illud*, *D. de pet. her. L. propterea*, *D. de rei vindic. L. cum fundus*, *D. si cer. pet. L. vulgo*, *D. de usur.*

VIII. Videndum, an quicquam ius civile posterius in hac re immutarit. Equidem formulas actionum, & harum impetrationem, qualis initio fuit, sublatas esse fateor. *L. si. C. de iur. for. & imp. act. subl.* Cæterum rem ipsam; id est [6] constitutionem certam litis mansisse, illud erit argumento, quod edicta retenta sint, & passim exstent in Pandectis, quibus pollicentur prætores, se actionem & iudicium daturos. Quod passim legimus iudicium actori datum, aut denegatum esse: passim iudicium acceptum pro litis contestatione. Nec vero mihi quidem quidquam occurrit, quo probetur ab eo iure recessum esse. Est quidem scriptum ita in *d. L. ult. C. de iur. for.* nullis fraudi deinceps futurum, quod actionem non impetrarent. Sed hoc de certa solemnique actione, quales ante actiones fuisse constat, accipi debere, sequentia eius constitutionis declarant: cum constitutio subiiciat, ita demum non nocere, si quis non impetret actionem; dum *eam rei & proposito negotio competentem esse constiterit*. Quod sine dubio perinde est, ac si diceret: nihil ad rem pertinet deinceps, quibus verbis, quave formula actionis quis

5) Ræv. *Pretrib.* C. 11. Dato iudice & ordinato iudicio utraque pars sibi invicem denunciabat, ut ad iudicem datum veniret, & ad convocatos vel adstantes dicebat, *Testes estote &c.* Apud Prætorem itaque olim contestatio hæc fiebat, cum lite demum contestata officium iudicis dati inceperit *L.* 73. *de Procurat. & simil.* ut recte plerique & Obrech. *h. t.* C. 4. *n.* 2. nequicquam refragante Timæo Fabro 1. *Annot.* 23 Sicuti & Athenis lite apud Thesmothetas, quorum officium simile prætorio, contestata litigatores introducebantur in forum Heliasticum, Ioach. Stephani 2. *de Iurisd.* 5. *n.* 21. Eratque hæc actus legitimus, quæ conceptis verbis pure sine conditione, utroque præsente fiebat, Petr. Fab. 2. *Semestr.* 24. 358. Hodie vero cum reus non statim respondere teneatur, nec præsentiam actoris, dum reus litem contestatur, requiri notant, vid. Bover. *Singul.* 36. *n.* 1. Obrecht. *h. cit.* C. 6. *n.* 5. & Gutierez. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 51. ac conditionalis vel eventualis, quæ dicitur, recepta est. Mynf. 3. *Obs.* 74. *n.* 6. & 9. Obrecht. C. 9. *n.* 12. & apud nos, exceptionibus dilatoriis obiectis, iniuncta *Novel. Elect.* 3. *P.* 1. vid. Iac. Scholt. *Obs. forensi* 13.

6) Vulgo hæc dicitur Basis, lapis angularis & radix iudicii, quæ nec partium conventione omitti queat, omissa processum vitiet, DD. passim. Caussas tamen quibus non requiratur haud paucas statuunt, vid. Monach. *Pract. P.* 7. C. 6. *n.* 3. & *seqq.* Obrecht. C. 4. *n.* 26. & *seqq.* Cum primis vero omnes, in quibus libellus potest omitti, Gail. 1. *Obs.* 46. *n.* 6. Obrecht. *d.* C. 4. *n.* 50. Iac. Schult. *Obs. forensi* 3. *n.* 8. & 9. Sed in iis priores actus contradictorius eiusdem efficaciæ, vid. Obrecht. C. 2. *n.* 11. & 12. Iac. Schult. *Obs. forensi* 49. *n.* 6. & 9. Effectus autem plures, ac quoad plerosque durior rei, creditoris melior fit conditio Briss. *Lib.* 1. *de Selut. pag.* 370. quoad aliquos tamen contra. De quibus, vid. Hot. 4. *Obs.* Obrecht. *h. Tr. C. ult.* Scaccia 1. *de Iudic.* 103. *n.* 8. & *seqq* Bachon. *Misc. Disput.* C. 1. De vi protestationis rei, *nec tamen animo litem contestandi*, consule Mathesilan. *Sing.* 63. & ibidem Gabr. Sarayoa, Myns. 3. *Obs.* 31 Obrecht. C. 7. *n.* 59. & *seqq.* Deque his & aliis ad hanc materiam adi Vigel. & Obrecht. *d. Tr. de Litis contest.* Scaccia 1. *de Iudic.* 103. Mynf. 1. *Obs.* & 3. *Obs.* 74. & 4. *Obs.* 49. & 62. Gail. 1. *Observ.* 63. & *seqq.* Sich. Gilken. *ad h. t.* C. 10. Monach. *ad h. t. Decretal.* Wesenb. *ad h. t.* C. & *cons.* 6. *usque ad n.* 40. Wurmf. *Obs. tit.* 13. Zoan. *Rer. Quotid.* C. 52. Asin. *Praxi iudic.* §. 17. Petr. Fab. *ad L.* 86. & *seq. de R. I.* Curt. 1. *Conj. ad fr.* 30. Speckhan *Cent.* 2. Cl. 4. Q. 1. & 2. *seqq.* Rauchb. *P.* 2. Q. 28. *n.* 49. & *seqq.* Blaret. *in L. diffamari* C. 7. 7. Viu. *Lib.* 2. *Decis.* 210. Coler. *Decis.* 298. & *Cons.* 44. *n.* 50. & *seqq.* Iac. Schult. *Observ. for.* 42. & 5. *seqq.* Ut perplures alios, quos adii, taceam. Quando lis contestanda cum tertio interveniente vid. Covar. *Pract.* QQ. C. 13. & *seqq.*

agat pro vetere more, & instituto, dum verbis utatur aptis, & rei propositæ convenientibus. Hanc dationem hodie si sustuleris; manebit quidem sola litis contestatio, unde iudicium incipiat: sed ita, ut hoc cedat pro iudicio dato, & constituto, cum iudex audito negotio, id est, intentione actoris, & inficiatione aut depulsione rel decernet, ut in id quod intenditur, aut excipitur, litigatores probationes afferant. Melius tamen est id ipsum præcidi a magistratu ob eam caussam quam supra reddidi.

CAP. II.

Quæ defensiones initio contestandæ sint, ut deinceps iis in iudicio uti possimus. Quæ contestandæ sint, has exceptiones dici. Inde de exceptionibus, Quid sit exceptio, & unde nomen exceptionis; hanc eandem dici præscriptionem, & cur, Quid sit actionem perimi ipso iure, & per exceptionem. Quid sit exceptionem inesse bonæ fidei iudiciis. Quid sit in pactis factum versari, Item de replicatione, duplicatione & similibus,

Nexus rerum. I.
Defensiones alias quandocunque ante sententiam obiici & prodesse reo; alias ita si fuerint initio allegatæ. II.
Cui reo utræque competant; quæ illæ sint; quando & quatenus opponendæ. III.
Defensiones posteriores reo non prodesse, nisi initio contestatas quibus rationum momentis ostendatur. IV. V. VI. VII. VIII.
Eas initio allegari oportere in strictis dumtaxat, non in bonæ fidei iudiciis. IX.

I. ET sunt ista posita in necessitate iuris, quo iudicium recte instituatur, ac sine quibus olim iudicium non foret. Illud, quod sequitur pertinet ad utilitatem litigatorum dumtaxat. Ut videant, quid in lite contestanda respondeant, obiiciantque ultro citroque adversario, aut quid prætermittant. Quod quidem quale sit, ad iudicii ordinem nihil pertinet, nec iudicium omnino remoratur. Sed ad exitum iudicii pro utilitate aut contra utilitatem reorum multum interest.

II. Sciendum est enim esse quasdam defensiones, quæ quandoque, dum ante sententiam, obiectæ semper reo prosint ad absolutionem: quasdam eiusmodi, quæ etsi iure competant reo; nisi tamen allegentur initio, aut verbis iudicii dati tacite includantur, nihil prosit eas opponere postea, quanvis ante sententiam; de quo ita statuendum est. Si is, qui negat se debere, aut se teneri actione, tenetur ipso iure: cæterum de æquo & bono fit, ut damnari non debeat; quæcunque caussa est qua hic defenditur, caussa est, & defensio eiusmodi, quam initio obiicere oporteat, & contestari, atque ita curare ut in iudicium veniat, qua prætermissa nulla eius ratio haberi debeat a iudice, quanvis postea re ab actore probata, ante sententiam opponatur. Id ut planum fiat explicandum est paulo pluribus.

III. Ergo ut non teneatur reus intentione adversarii, fit dupliciter. Accidit enim aut ipso iure, aut ex æquo & bono duntaxat. Ipso iure, id est, iure civili, quod de obligandis ac liberandis reis constitutum est, non tenetur is, qui aut nihil fecit eorum, quæ obiiciuntur, ex quibus oritur obligatio: aut, qui cum prius esset obligatus iure, liberatus est deinde iis modis, quibus obligatio tollitur. Ut si decem ex caussa mutui petantur ab aliquo, sic fiet, ut non teneatur ipso iure, si [1] aut ea non acceperit, ut inten-

1) Et meram quidem facti inficiationem exceptionem non dici convenit, ast si quid proponitur quo actio quæ constitit, sublata arguitor, exceptionem DD. vulgo appellitant vid *not. supra Lib.* 22. *Cap.* 1. *N.* 2. *&* *N.* 4. De mera enim negatione dici nequit, quod litis ingressum aut contestationem impediat, cuio ea obiecta statim fiat vera litis contestatio. Cæterum & ab his, & a veris quoque exceptionibus diversa est. Exceptio quæ dicitur deficientis actionis, cum nec factum propositum ab actore negat reus, nec quidquam æque in facto consistens allegat, quo se contra intentionem tueatur, sed præsuppositis, ceu veris, narratis actoris ius experiendi actione intentata eum deficit. *da wann gleich. alles Klagers Vorgeben nach sich verhielte oder begeben hette, dennoch ihme endlich gar Keine, oder doch nicht die von ihm angestalte Klage zustendig*. Etsi vero exceptiones veras non oppositas Iudex regulariter non supplet, tritissimum tamen pariter & verissimum est, cum ipso iure non competere actionem Iudi-

intenditur ab adverfario, aut fi cum acceptilet, ea poftea folverit: quoniam folutione tollitur obligatio iure: ac quibus tollatur præterea, traditur fub Titulo *Quibus mod. toll. oblig.* Eorum modorum nullo interveniente, nihil dici poteft aliud, quam eum ipfo iure teneri qui ante fuerat iure obligatus. Sed evenit interdum ut non fit æquum eum, qui ita tenetur, condemnari, quod his de cauffis accidit, fi pactus fit, ne a fe peteretur: fi deferente adverfario iuraverit, fe non debere: fi quandoque abfolutus fit de ea re fententia iudicis: fi actoris dolo malo inductus fit, ut fe obligaret: fi metu coactus idem fecerit: fi pecuniam, quæ tanquam mutua petitur, dicat fibi non numeratam: quæ cauffæ exponuntur fub Titulo, *de exceptionibus: Inftit.* Si denique conftitutum fit iure, ne a reo petatur, fed aut propter favorem ipfius rei, ut quia fit mulier quæ fe pro alio obligarit: aut in odium creditoris, ut quia mutuum dederit filiofamilias In quo genere funt exceptiones Senatufconfulti Velleiani, & Macedoniani. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Quibus de cauffis omnibus dixi alias fub Titulo *D. de folutionibus*. Neque nunc eft de his dicendi locus: hoc intellecto hoc eft quod dicimus, qui ipfo iure non debet, huic fatis eft initio dicere, fe non teneri. Et quanvis debuerit aliquando id, quod poftea folvit, non tamen neceffe habet, initio obiicere folutionem, eamque conteftari. Non quod fi convincatur accepiffe decem mutua, non debeat dicere fe folviffe, idque ipfum etiam probare iudici, (alioqui quo modo iura noftra intelliget iudex, nifi allegemus?) fed quia non neceffe habet initio id facere, tantumque id facere fatis eft quandoque ante fententiam, ut a iudice abfolvatur: fcilicet quia vere dixit, fe non debere id, quod omni iure non debuit; ut neceffe fit hoc idem a iudice pronunciari, probata aliquando folutione. Qui autem cum iure fit obligatus, habet tantum ex æquo & bono cauffam, cur placeat eum non debere damnari: puta, quia pactus fit, ne peteretur: hoc dicimus fic eum debere abfolvi, non fi pactum opponat quandoque & probet: fed fi opponat ab initio litis. Hoc autem prætermiffo in ftrictis iudiciis eum damnari debere. Itaque a quo petuntur decem mutua, de quibus non reddendis poftea convenit, is fic utiliter refpondebit adverfario, fi de intentione actoris vel abfolute confeffus, vel confeffus fub conditione, fi actor probavit fe dediffe, obiiciat ei pactum fecutum effe, ne peteret. Quo omiffo, fi actor de mutuo probavit, neceffe eft, ut fuit litis & iudicii conftitutio reum damnari. Quia apparuit vere, eum debuiffe, quod negabat; & de quo iudicium fieri voluit; nec quicquam ei proderit poftea pacti defenfio initio prætermiffa, quoniam pactum iure non prodeft reo ad liberationem: fed beneficio, & tuitionis prætoris, qui id in iudicium incluferit: ut ubi non fit id iudicio inclufum, vel affentiente reo, non debeat eius pacti ratio haberi. Id ita effe liquebit, fi oftendero illarum rerum defenfionem in ufu iuris dici tum exceptionem, tum præfcriptionem; de utraque autem ita ius effe, ut eam oporteat initio litis opponere.

IV. Eft vero ita, ut ea defenfio, quæ ex æquo & bono tantum prodeft ad abfolutionem, non ipfo iure reum liberat, dicatur exceptio. Ulpianus exceptionem definit actionis exclufionem in *L. 2. D. de except.*

Iudici conftat, eius officio, actorem, etiam reo non opponente a limine iudicii repelli poffe, ac reum quoque non petentem abfolvi debere. Nemo enim fine actione experiri poteft *L.* 6. §. *ult. de neg. geft. L.* 19. *L.* 36. *de reb. cred. L.* 9. §. 3. *de admin tut. L.* 2. *de dote praleg & fim l.* Uti enim actio fine debito non confiftit, ita nec iudicium fine actione, vid. Obrech *de Con ip libell. Cap.* 6, *n.* 5. Gail. 2. *Obf* 18 *n.* 3 Menoch 1. *Arb* Q 16. Afin. *de Ex/ecut* § 3 C. 54 Belion 2 *Suppue* 10 Sixtin. *Conf. Marp.* 14 *n.* 65. *Vol.* 2. Vult. *Conf Marpurg.* 21. *Vol.* 3. *n.* 116. *& feq. & Conf.* 35. *n.* 172 *& feq.* Mechfner *Tomo* 3. *Decif. Camerar.* 17. *n.* 17. *&* 18 *& Decif.* 20 *n.* 72 qui ex communi teftatur quod hic fententia pro actore lata fit ipfo iure nulla, cum materia careat Quod fi hanc obiectim iudex non attendat, ac cauffam in iudicium deduci permittat, teneri eum parti læfæ ad omnia impendia, damna & id quod intereft refundendum docent Menoch *d.* Q. 16. *n* 4. Pet. Barbofa *ad L. fi alienam* 11 ipfi 12 *D Sol. matrim. n* 18. Ant. Gamma *Decif* 206 *n.* 8. Vult *d. Conf.* 21. *n* 19. Mechfner. *d Tomo* 3. *Decif.* 20 *n* 7. Qui & idem fere ftatuunt nifi non obiecta, fi iudici vere conftitit tunc cum non eft, quod imputetur reo, quod non obiecerit. Quin etfi hæc altioris indaginis, femper tamen ante litem conteftatam difcutienda, quia cum merita cauffæ plane non concernat, non poteft ad eadem refervari, ut Noah. Meurer. *Proceff. Camer P* 9. *f.* 180. Sic fane olim antequam iudicem datet Prætor. de iure agendi conftare oportebat, deque eo ipfe cognofcebat, facto interim præfuppofito, vid. Vult *Dic. fchol. Cap* 1. *pag.* 14 Confer. Ant. Fab. *C. fuo tit. de Except. defin.* 6 Atque hinc eft quod etfi regolare fit: Excipere de iure tertii non licet *L* 4. §. 7. *Si ferv vind. & fimil.* Sch. *ad L. ult. C. de ferv. fugit. n.* 1. *&* 2 P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 17. *n.* 15 & citati *in not. ad Com. Tit. de Action. n* 25 *N.* 4. quia ut ex perfona actoris ius agendi, ita ex perfona rei ius excipiendi metimur, & uti illius intereffe debet in actione, ita & huius in exceptione. Licet tamen, quoties id ius tertii probatum intentionem agentis excludit & ius eius enervat, quia non eft vere exceptio de iure tertii, fed negatio iuris agendi, Bover *Sing.* 52. *n.* 8 Sich. *d. loc. n.* 3 ut fi rei vindicatione conventus dicat. Res tua non eft fed Caii, idque probet vid. not cit. *n.* 25. *d. N.* 4. & adi omnino A. Fab. C. *fuo tit. de Exc def.* 20. 28 *&* 39 Enimvero exceptionum intentionis aliæ dilatoriis affines videntur, ut exceptio quæ dicitur falfi Procuratoris libelli penitus inepti, cuius vitium infanabile. Sub & obreptionis, plus petitionis, ante diem, vel conditionem, aliæ affines peremptoriis, ut reliquæ.

except. Paulus conditionem, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. *L. exceptio, D. eod.* Ex quibus hoc quidem perspicuum est exceptionem rem esse eiusmodi, quæ reum defendat adversus actionem, prositque ei ad absolutionem. Eximit autem reum damnatione, cum exempli gratia, pactum de re tota interpositum est, idque obiicitur: minuit damnationem; cum interpositum est de parte tantum. Iam vero non omnem defensionem & allegationem exceptionem dici, sed eam tantum, quæ ex æquo & bono, non ipso iure reum liberet, sciri potest ex toto titulo *de except. in Institut.* in quo Institianus de omnibus speciebus exceptionum a se propositis constanter hoc affirmat: eas tum solum competere, cum intentio actoris iure nititur; non est autem æquum reum damnari. Ex quo ista inter se opponuntur, liberari quem ipso iure, & liberari per exceptionem. *L. qui servum, §. si is cui, D. de obligationibus & actio.* Ideo consulto Paulus exceptionem dixit eximere reum damnatione; nihil amplius: hoc sentiens eum cui exceptio detur, teneri quidem iure, sed ita ut exceptione opposita, & probata absolvi debeat. Ne sit autem mirum hanc defensionem appellari vel exceptionem, vel conditionem, cum certum sit neque exceptionis neque conditionis verbo significari defensionem, quatenus defensio est: sciendum est, nomen natum esse ex conceptione formulæ iudicii, quod prætor olim reddebat litigatoribus. Cum enim non prodesset reo eiusmodi defensio, nisi iudicio inclusa, ut dicemus; nec vero includi posset, nisi per correctionem & exceptionem eius iudicii, quod prætor adversus eum dabat: factum est, ut ea defensio ex forma conceptionis diceretur exceptio. Fac decem mutua peti ab eo, qui se tueatur pacto: Prætor iudicium daret actori postulanti in hæc verba: Si paret reum ex mutui caussa dare oportere: iudex condemnato. Sed quia non est æquum id dari in eum qui pacto sit liberatus: orationem præcedentem de condemnando reo ita temperaret, nisi is qui agit, pactus sit, ne ab eo peteretur: hæc correctio, atque hoc temperamentum appellatur exceptio. Est enim exceptio omnis ratio, qua de generali definitione species aliqua eximitur & quasi præciditur. Ut hic fit, cum ex hac oratione, qua dicitur eum damnari debere, cui decem mutua data sunt, excipitur is, qui pacto est liberatus. Ob hanc ipsam caussam appellatur a Paulo conditio: quoniam omnis exceptio exprimitur sub conditione: *si non, nisi, extra quam, præterquam.* Inde etiam exceptio dicitur ab Ulpiano in *d. L.* 2. exclusio, quæ interponi actioni cuiusque rei soleat: quod apte dici non potest, nisi ita concipiantur actio, & exceptio eodem in loco, ut exceptio sit qundammodo intra ipsam actionem: hæc eadem dicitur præscriptio a nostris. Præscriptio fori, est exceptio fori, id est, ea, qua quis ad forum suum revocat. *L. si fideiussor. D. qui satisda. cog. L. pen. C. de pac.* Præscriptio transactionis, est exceptio transactionis Papiniano in *L. qui cum, D. de transf.* Eidem præscriptio rei iudicatæ, est rei iudicatæ exceptio in *L. iudicatæ, D. de excep. rei iud.* Præscriptio peremptoria est, exceptio peremptoria in *L. præscriptionem, C. de excep.* Et præscribere coheredibus Modestino est coheredes exceptione summovere in *L. Titia, § Caius, D. de leg.* 2. Appellatio hinc nata, ut ego quidem existimo, quod qui exceptionem intentioni addi postularet, olim in formula iudicii (nam ex vetere & solemni iudiciorum more omnes appellationes primum ortæ sunt) præscribebat advertario, id est, dicebat, & constituebat, quomodo ille actionem & intentionem suam conciperet, Actor qui peteret decem mutua, generali intentione & quasi definitione utebatur, eum, qui decem mutua acceperit, ea reddere debere. Reus contra diceret, recte intenderes me ea debere, nisi pactus esses, ne ea a me peteres. Nunc autem id pactus es. Adde igitur hanc exceptionem, Nisi pactus sis, ne peteres: hæc contendere, præscribere est adversario, quomodo agat. Hoc autem nihil aliud, nisi exceptionem opponere, aut curare eam actioni interponendam. Unde præscriptio pro exceptione.

V. Nunc doceamus exceptionem, seu præscriptionem initio opponi, & in iudicium deduci oportere. Et de exceptione dilatoria convenit inter omnes, hanc initio esse opponendam. De qua scriptum est in *L. exceptionem.* Ubi dixi de hac re *C. de prob.* his verbis: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio: probari vero postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet.* In exceptione peremptoria aliter ius se habere, vulgus interpretum existimat. Idque probari putant. *L. peremptorias, C. de sent. resc. non poss.* in qua ita scriptum est; *peremptorias exceptiones omissas in initio, ante quam sententia feratur, opponi posse* per-

Digitized by Google

perpetuum edictum manifeste declarat. Sed omissas in hoc rescripto accipere debemus eas quarum tractatio & disceptatio omissa sit initio, & in aliud tempus dilata, non quæ initio contestatæ non sint. Quod ita interpretandum esse dicimus ex *L. præscriptionem, C. de excep.* cuius hæc verba sunt; *Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam prius, quam sententia feratur, obiicere quandoque licet*. In quo rescripto licet eadem verba animadvertere, quæ in *d. L. peremptorias*. Sed adiicitur, *quam ante contestari sufficit*, Quibus verbis significatur, hanc contestari saltem oportere: veruntamen satis esse contestari; non etiam hoc exigi, ut statim probetur a reo. Estque hæc sententia constitutionis: præscriptionem, id est, exceptionem peremptoriam ante quidem contestandam esse: sed semel ante contestatam omitti posse ad tempus ita, ut si actor probaverit, quod intendit, exceptio, quæ ante contestata, & in iudicium deducta erat, possit iam utiliter opponi, ac probata afferat reo liberationem. Quæ sententia & aliis rescriptis non obscure scriptis confirmatur, ut *L. emptor, C. de præs. long. temp. L. si quidem, C. de except.* Et sane cur dilatoriam, de qua loquitur *L. exceptionem*, oporteat initio opponi potius, quam peremptoriam? Quia, inquies, dilatoria exceptio differt iudicium, ut iam ante iudicium probari, deque ea pronunciari sit necesse: sed animadverti debet in *L. exceptionem* non agi de exceptione dilatoria, quæ iudicium differat; cum dicant Imperatores, eam oportere probari, postquam actor monstraverit, quod asseverat. Hoc enim facere non potest actor, nisi iudicio iam ante constituto. Supra autem iam ostendi sic accidere posse, ut opponatur dilatoria exceptio pacti, ac nihilominus indicium constituatur de re principali, si petente aliquo decem mutua, neget reus ea data esse, & simul adiiciat, si data sint, tamen actorem pactum esse ne ad tempus ea peteret. Sed ne consistamus in his constitutionibus, multa sunt in scriptis veterum Iurisconsultorum pro certo iure in libris nostris usurpata, quæ hanc sententiam de contestanda exceptione plane demonstrant; cuius generis hæc fere sunt. Quod hæc inter se opponuntur, perimi actionem ipso iure veluti solutione, & perimi per exceptionem, veluti pacti conventi. *L. qui servum, §. si is, cui, D. de obli. & act. tot. tit. Inst. de except.*

VI. Quod vulgo ab illis traditum est exceptiones pacti, & cæteras inesse, & contineri bonæ fidei iudiciis. *L. 3. D. de resc. vendit. L. huiusmodi, §. qui servum, D. de leg. 1.* Quod Paulus in *L. si unus, §. pactus, D. de pac.* scribens, prius pactum quo actum est, ne peteretur, per posterius, quo actum est, ut peteretur elidi non ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, sed per replicationem exceptionis pacti; hanc rationem reddit, quod in stipulationibus ius contineatur, in pactis factum versetur. Quod idem Paulus in *d. L. qui servum, §. si is, cui.* si dubium sit an actio perempta sit ipso iure, an vero per exceptionem, tutius esse ait eam perimere per exceptionem: hæc, inquam, & similia plane hoc significant, exceptionem initio litis opponi, & contestari oportere; alioqui nec explicari commode, nec defendi etiam ullo modo possunt. Nam ut hæc eadem breviter exsequar ordine, si exceptio pacti quandoque obiici possit, profecto ad liberationem rei nihil interest, inter solutionem & pacti exceptionem; etenim utrumque obiectum pariter reo liberationem, sententia iudicis. Rursum non obiectum, pariter reo erit inutile. Nam nec solutio, nisi obiecta, ac probata reum liberabit. *L. 1. C. de prob.* Atqui, ut dixi, sic ista differunt in genere liberationis, ut inter se opponantur, cum solutio liberet nos ipso iure. Quid est igitur in quo putemus ista differre? Et cum in obiectione & liberatione nihil differant, si quandoque licet utramque opponere: relinquitur in tempore ista opponendi positum esse discrimen, quod ei qui solvit, liceat initio litis omittere solutionem, atque ita solum dicere, se dare non oportere: ei vero, qui pacto liberatus est, non liceat idem dicere, se dare non oportere; sed opus sit, ut initio debitum confessus statim opponat pacti defensionem. Iam quid est illud, pacti exceptionem & similes inesse bonæ fidei iudiciis? An hoc videtur significare, pacti exceptiones inesse in iudicio, & reo prodesse ad hoc, ut absolvatur, quamvis omnino non fuerint a reo allegatæ & probatæ iudici? Minime vero. Nam, ut modo dixi, ne solutio quidem ipso iure quidquam prodest reo ad absolutionem, nisi reus eam opposuerit, & iudici probarit ante sententiam. Non enim profecto divinabit iudex, reum pacto, aut solutione esse liberatum, nisi ille dicet; nec si dixerit, audiendus est aliter, quam si probet, *L. in exceptionibus, D. de exc. d. L. 1.*

L. 1. *C. de prob.* Quam ergo illud dictum sententiam habet? Nempe, hanc, inesse exceptiones bonæ fidei iudiciis iam ab initio litis, & iudicio accepto, quanvis aperte non fuerint tum oppositæ, & ita in iudicium deductæ per litis contestationem: non tamen ut reo prosint perpetuo celatæ, sed ut si quandoque postea in iudicio fuerint oppositæ, ratio earum a iudice haberi debeat, non secus, quam haberetur solutionis, qua ipso iure reus esset liberatus. Idque ita explicari videtur duobus in locis, nempe in *L. plane* & *L. ult. D. de petit. her.* Quod eveniebat olim propter formulam iudiciorum eius generis. Sic enim in his constituebatur iudicium, ut condemnaretur quidem reus: sed additis his verbis. *Ex fide bona.* Quibus verbis fiebat potestas iudici æstimandi, quid utrique ex litigatoribus ab altero ex æquo & bono præstari oporteret, §. *In bonæ, Inst. de act.* Neque vero æquum est, eum, cui exceptio aliqua competat, si æqui & boni ratio habenda sit, damnari. Quid est autem, quod dicitur exceptiones inesse iudiciis, & additur nominatim, bonæ fidei? an non hoc est, eas in bonæ fidei iudiciis inesse: in strictis iudiciis non inesse? Quod si inesse eas bonæ fidei iudicio, hoc valet eas sua sponte & potestate iudicii in iudicium venire, quanvis aperte initio oppositæ, & contestatæ non sint; conficitur, exceptiones in strictis iudiciis non inesse, hoc valere: non venire eas in iudicium, si studio prætermissæ sint: sed ita, si fuerint oppositæ nominatim in lite contestanda, & eo modo iam ab initio in iudicium deductæ.

VII. Ex hac ratione est illud, quod dicitur a Paulo, in stipulationibus ius contineri, in pactis factum versari. Observetur Paulum in *d. §. pactus.* non sentire de modo, quo ista fiunt. Nam neque id proposito eius convenit; & si hunc spectabimus, dici oportebit, in stipulationibus æque ac pactis factum versari: non enim minus facti nostri est, quod stipulamur, quam quod paciscimur: & vulgo dicitur, contractus facti esse. *L. consilio, §. ult. D. de cur. fur.* Loquitur illic Paulus de modo, quo hæc ante recte constituta nobis prosint in iudicio ad liberationem & iustam defensionem. Erat enim quæstio posita ex duobus pactis contrariis cum debitore interpositis, quæ sit vis posterioris pacti, quo agitur, ut petere liceat. Et ait prius pactum non tolli per posterius ipso iure, sed facto nostro; quia in stipulationibus his nimirum quæ fiunt ad novandam obligationem ius contineatur, in pactis factum versetur. Si ratio propositæ quæstioni convenit: si ius facto recte hic opponitur, sine dubio hoc sentit; ut stipulationes nobis prosint in iudicio ad liberationem, iure fieri, non facto nostro, id est, non obiectione & contestatione nostra, qua eas stipulationes opponimus initio & contestamur. Ut enim supra diximus, ei qui isto modo liberatus sit, satis est in lite contestanda dicere, se ei qui agit, dare non oportere: ac quandocunque probarit, novationem factam esse, vincet. Iure enim ipso verum est eum non debere, qui novatione liberatus est. Non eadem vis pacti. Id ut nobis prosit, vel adversus obligationem, qua tenemur, vel adversus aliud pactum, quod obstabat, quominus petere liceret, consequimur facto nostro, non iure, id est, ita si id ²) nominatim opponamus initio litis. Ut in quæstione Pauli, si me agente debitor meus tueatur se exceptione pacti, quo pactus sum ne ab eo peterem, non efficiet posterius pactum quo convenit, ut possem quemadmodum ab initio petere, non efficiet, inquam, id pactum iure ipso, ut prioris pacti exceptio sit inutilis: sed ita si adversus exceptionem eius pacti, utar posterioris pacti replicatione. Factum ergo contestationem nostram intelligit, quam liberationi iuris opponit.

VIII. Sed haud scio, an quicquam superiorem sententiam magis confirmet, quam quod idem Paulus ait, cum dubium est, an ei, qui tenebatur duabus actionibus eiusdem rei nomine, puta commodati, & conditione furtiva, & altera actione conventus solvit, altera actio perempta sit ipso iure, an per exceptionem, totius esse dici, eam perimi per exceptionem. Quo enim totius per exceptionem, quam quæ ipso iure? Hoc fere dictu absurdum. Plane enim liberatur, & omni iure, qui liberatur solutione, & similibus modis, si quidem nulla removeatur exceptione. At qui liberatur pacto, & similibus caussis, is liberatur solum iure

2) Ita & Don. ad *L.* 5. *Cod. de pact. n.* 6. Cum quo conveniunt fere Coras. 2. *Misc.* 16. *n.* 12. Pac. 1. *Enant.* Q. 97. Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via & rat. iuris Cap.* 6. *n.* 54. Discrepantes aliorum, nimiumque variantes expositiones congessi sane & consignatas habeo. Sed referre eas nimium foret nedum examinare. Nempe Alciati 3. *Paradox. ult.* Connan. 5. *Com.* 2. Cuiac. *ad d. L.* 27. §. 2. Zas. Hot. & Fortun. Garcia *ibid.* & Hippol. Riminald. *in eiusdem Repetit. n.* 210. *& seqq.* Io. Bapt. Caccialup. *de Pact.* Q. 1. Marc. de Mantua *Sing.* 612 Charond. 1. *Verisim.* 4. Vacon. 1. *Declar.* 20. Ræv. 2. *Var.* 1. Briss. *Lib.* 3. *de solut. pag.* 432. Fachinæ. 13. *Contr.* 24. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. *&* 20.

re prætorio, non etiam iure civili. *L. creditori*, *C. de pact.* an ideo tutius, quia non sit necesse, exceptionem opponere in iudicio, eas autem caussas, quibus liberamur ipso iure, sit necesse? Hoc vero etiam absurdius. Si quid enim obiici convenit, exceptio est potius, quam id factum quod nos iure liberat: cum id factum iure sustulerit actionem, ut non sit necesse, eius facti defensionem interponere ei actioni, quæ non est; exceptio autem non competat, nisi tunc, cum iure subsistit actio, sed quæ obiecta exceptione excludatur. *tit. de exceptio. Inst.* Et ideo definitur exceptio, actionis exclusio, quæ interponi actioni cuiusque rei solet. *L.* 2. *D. de except.* Quo ergo tutius, inquam? Quocunque nos converterimus, non alia caussa, puto, reperietur, quam quod intelligebat, exceptionem non esse, nisi eam defensionem, quæ initio in contestanda lite opponatur actioni institutæ ad eam excludendam: aliter nec exceptio dicatur, nec reo prosit ad absolutionem. Itaque tutius exceptione ita opposita perimere actionem, quia cum hoc factum erit, certum est reum semper tutum fore, sive quis dixerit, eum liberatum esse ipso iure, sive dixerit per exceptionem tantum. Quod si exceptio sit initio prætermissa, & forte actio, quæ instituta est, non sit perempta ipso iure, necesse erit reum condemnari: quia exceptione, quæ sola ei competebat, non sit usus, uti oportebat: vel verius non sit omnino usus exceptione, qui de actione adversarii, cum intendebatur, nihil exceperit. Postremo huc referri debet iudiciorum varietas, quæ olim fuit indicata cum ab aliis tum præcipue a Duareno ad *L. Iurisgentium. D. de pact.* cum alia redderentur pure, alia sub conditione, sive sub exceptione idque postulante & contendente eo, unde petebatur: de qua in iudicium includenda stultum fuisset laborare, nisi hoc ita fieri pertineret ad rei absolutionem.

IX. Sed in strictis, inquam, iudiciis exceptionem contestari, id est, initio litis opponere est opus. In quibus nihil amplius subiicitur cognitioni, & potestati iudicis, quam quod in iudicium aperte deductum est. Unde appellata sunt stricta. Non idem ius est in iudiciis bonæ fidei. In his ut solutio, sic exceptio pacti, & alia quælibet quanvis initio omissa quandoque ante sententiam opponi potest, & opposita ac probata reum eximit damnatione. Idque est, quod dicitur a veteribus, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis. De cuius dicti sententia, & ratione cum paulo ante dixerimus, nihil necesse est hoc loco inculcare. Quæ de exceptione dicta sunt, eadem intelligimus dicta esse de replicatione, duplicatione, triplicatione. De quibus verbis est apud Iustinianum, sub *tit. de replicationib.* & in *L.* 2. *D. de except.* hoc volo, ubi exceptio contestanda est, ut prosit, illic & replicationem, & cæteras defensiones, quibus actor usurus est, esse contestandas, & contra.

C A P. III.

Lite contestata, & iudicio constituto quæ sint partes iudicis; & de iureiurando, quod propter calumniam exigitur. Ad tit. C. de iur. prop. cal. dando.

Continuatio, atque ordo. I.
Iudicis partes ex potissimo eius officio duci omnes atque æstimari. Tres esse illius proprias & præcipuas, & quæ sint. II.
Duas alias tribus illis accedere minus ad iudicandum necessarias, sed litigantibus utiles; quæ illæ. III.
Quinque in universum partium istarum qualis ordo in iudicando. IV.
Principio *Sacras Scripturas obversari ante iudicis oculos oportere; qualis pœna contemptoris iudicis.* V.
Deinde iurare debere, cum iudicem: se videlicet iudicaturum secundum leges (quæ non iurantis pœna). VI.
Tum a litigantibus exigere iuramentum, ut nihil animo calumniandi in iudicio admittant. VII.
Quæ litigatorum pœna si recusent. XII.
Domini litis iurare debent, sive per se agant, sive per procuratorem. VIII.
Tutores tamen & curatores, non eorum pupilli & minores. IX.
Iure canonico clericis hoc iusiurandum remittitur immo interdicitur. X.
Iuramentum in iudicio præstandum est apud iudicem: qui domi suæ iurent. XI.
Iurare cogi etiam advocatos utriusque partis: quid hi iurent; quæ abnuentium pœna. XIII.
Item quæ iudicis non exigentis ab illis iuramentum. XIV.

I. HÆc sunt, quæ in litis contestatione, & officio magistratus ad constitutionem & ordinationem iudicii, tum cautionem litigatorum initio spectanda videbantur. Ex quibus quod præcipue ad institutum pertinet intelligitur, ut ante litis contestationem non est iudicium, sic lite semel contestata, si etiam illa recepta sit a magistratu & posita ad disceptandum, quocunque modo per leges & mores id fieri receptum sit, statim sequi iudicium. Unde iudicium incipere a litis contestatione, & res dicitur in iudicium deduci lite contestata. *L. 1. Cod. de iudic. L. unic. Cod. de lit. contest.* Non quod statim iudicet iudex; id est, sententiam ferat: sed quod statim subiiciatur res eius cognitioni: quæ pars est iudicii vel maxima, ut mox dicam. Lite contestata, constitutoque iudicio restat, ut iudicio suo fungatur iudex, sive is datus erit privatim a magistratu, sive magistratus ipse rem suæ cognitioni reservavit. Quod quidem nullo nominatim iudice dato fecisse intelligitur. Deinceps igitur, quæ hic iudicis partes sint, videndum est.

II. Et primum vel ipsum nomen iudicis satis nos admonet, summum esse hoc eius officium, ut iudicet: cum a iudicando nomen sit. Hoc summum natura aliud secum trahit: nempe, ut prius iudex caussam cognoscat. Non enim iudicem tantum; sed æquum iudicem quærimus: id est, eum, qui recte iudicet. Id autem non aliter fieri potest, quam si re, & caussa cognita iudicet. Quinimo ut nihil amplius requiramus, quam iudicium: tamen idem efficitur. Nam ne iudicare quidem quisquam dicendus est, nisi qui caussam cognovit. Iudicium enim delectus est, cum re inter aliquos controversa, & utraque parte, rem in diversas partes distrahente dicimus hoc, aut illud potius nobis videri. Non cadit autem delectus, nisi in res ante perceptas, & cognitas. Quamobrem ita etiam ius est, ut iudicem oporteat ante caussam cognoscere, ac nisi caussa cognita sententiam ferat, ea nullius momenti habeatur. *L. ex stipulatione, C. de sent. & interlocut.* Ex his nascitur etiam tertium. Non enim potest ista præstare iudex, nisi ab iis, quæ sunt contraria, sibi temperet. Adversatur autem superioribus, si prius quam iudicet de re, aliquid in re innovet. Consequens est, ut prius, quam iudex ita iudicarit, id est, dum lis pendet, vetetur quidquam de re movere, aut in ea innovare: sed quemadmodum actori ad persecutionem iuris sui; sic reo ad retinendum, quod ante habuit, tenuit, omnia illum integra servare oporteat. Quæ tria proprie & præcipue sunt iudicis, ac cuiusvis iudicii.

III. Sunt quædam, quæ visum est imperatoribus Romanis a iudicibus exigenda

da esse non tam per se ad iudicandum necessaria: quam quod videantur utilia ad iudices ipsos & litigatores in officio continendos, quo iudicium recte & religiose peragatur. Ea duo sunt. Unum, ut quicunque futuri sunt iudices, curent, ut sacrosanctas scripturas ante sedem iudicialem propositas habeant, non in principio tantum litis: sed ad extremum usque donec sententiam tulerint. Alterum, ut iam ab initio litis religione iurisiurandi obstringant & se, & litigatores, & item patronos caussæ: se quidem & patronos, ita, ut iurent se bona fide, & pro eo ac decet, in iudicio esse versaturos: Litigatores autem ita, ut iurent nihil se calumniose instituere, aut in posterum esse molituros.

IV. Ita si converso ordine, & quo ista maxime in iudicio agenda sunt, eadem colligimus, quinque sunt in summa, quæ ius civile iudici pro officio imponat. Primum, ut de sacrosanctis scripturis curet id, quod dixi. Deinde ut præstet ipse iusiurandum, & a litigatoribus & patronis exigat tale, quale postea pluribus exponetur. Tertium, ut pendente lite nihil novet. Quartum, ut caussam cognoscat diligenter. Postremum, ut re cognita iudicet. Quæ singula qualia sint, consideremus.

V. Ac de adhibendis sacris scripturis quod dixi, & quamobrem velit eas Iustinianus iudicatoris ob oculos versari, cautum est in [1] *L. rem non novam*, vers. *& generaliter*, *C. de iudic.* ut locum indicare sit satis: hoc quærendum est, quæ sit poena, si iudex contra faciat. Nihil enim de eo constitutione Iustiniani nominatim cautum est. Et cum ipse in *L. 2. C. de iur. prop. cal. dan.* dicat se non permittere, ut iudices aliter caussas dirimant, nisi sacrosanctis evangeliis propositis: puto hinc intelligi posse, si aliter se gesserint iudices, quam ius permittat, iudicium [2] nullius fore momenti: ut accidit in omnibus, quæ lege prohibente fiunt. *L. non dubium*, *C. de legib.*

VI. De iureiurando, quod secundo loco initio litis exigi debere diximus, eiusdem Iustiniani constitutiones sunt; quarum sententiam breviter exponam. Et quod ad iudicem attinet, iubet eum lite contestata ante omnes iurare, quod eius officio convenit; omnia se videlicet [3] ex vero, & legibus esse constiturum. *d.*

1) *Nov. 90. C. ult. in fin.* Ut subinde ad eas respicientes memoria extremi iudicii ab iniusto deterreantur. Quam consuetudinem cum hodie desierit, in usum revocari debere scribit Sich. *ad L. 2. pr. Cod de iur. prot cal.* n. 1. Eadem tamen de caussa hodie sæpius in prætoriis, vel pro tribunali typus extremi iudicii visitur. Non enim hominum, sed Dei exercetur iudicium *Deut.* 1. v. 17. 2. *Paral.* 19. v. 6. *Sapientia C.* 6. Ps. 82. quem semper præsentem & acutum inspectorem habent, vid. *Cap quatuor* 78. *& seqq. Cap.* 11. *Q.* 3. *d. Nov.* 90. *Cap. ult. in fi.* Confer. *Cohortat. ad indices ex* Harmenop. præfixa a Menochio *Tr. de Arb. iud. QQ.* Damhuder. *Praxi civ C.* 9. Et de officio magistratus iudicantis *Nov.* 17. *& Nov.* 24. *Cap.* 2. pulchre Ioan. Saresberiensis *Policrati Lib.* 5. *C.* 11. 12. 15. *&* 16. Huc spectant versus vulgati, non illepidi:

Cogitate Iudices qui vel quales estis,
Quid in hoc iudicio dicere potestis.
Quo nec erit Codici locus aut Digestis.

Idem erit dominus, Iudex, Actor, Testis. Prudent. *Cathemerinon. Hymno* 2.

Speculator addat desuper,
Qui nos diebus omnibus
Actusque nostros prospicit,
Hic testis, hic est arbiter,
Hic intuetur quicquid est,
Humana quod mens concipit,
Hunc nemo fallit Iudicem, &c.

2) Ita & *Gl. ad d. L.* 14. referente Sichardo *ibid. n* 4. sed reprobante *n.* 5. Et recte non tam quia solemnitates leviores omissæ actum non vitiant, ut Sichard. *d. loc.* & Wesenbec. *ad T. C. de Ord. Iud. n.* 5. quam quia durum omissionem hanc, & culpam Iudicis nocere litigantibus, illosque, lite cæteroquin rite transacta, novæ litis necessitate implicari. Quin si iurisiurandi omissio non vitiat, cuius exigendi fortior ratio, minus, &c. Quin quod in *§. pr. d. L.* 14. habetur, æque ad omissionem huius solemnitatis referri potest.

3) Salvian. *Epist.* 4. *pag.* 330. *Iudices iurant, nihil se nisi ex veritatis officio pronunciaturos.* Et ita olim in singulas caussas Iudices sacramenti religione obstringebantur & in leges iurabant. Quod lege Agraria Saturninum cavisse scribit Ant. Augustin. *Lib. de LL. Cap.* 15. Et ita quoque Plato definivit *Dial.* 12. *de LL.* Cicer. 3. *Offic. pag.* 523. *Cum iurato dicenda sit sententia, meminerit, Deum se adhibere testem*, & pro *Cluentio p. m* 357. *dum iurati sententiam ferre debebant*, & 1. *act. in Verrem*, ubi Ascon. Prætore conceptis verbis præeunte, Pollet. 5. *Hist. fori* 7. *n.* 7. qui ipse tamen non iurabat, Cic. *d. Act. p. m.* 80. *Nunc eo animo sum, ut eo iudice, quam Pratore, hanc rem transigi malim: & iurato suam quam iniurato aliorum tabellas committere*, Pollet. *d. loc.* Ræv. 5. *Var.* 8. Qui hoc iusiurandum ad aram præstari solitum probat ex Symmach. *Lib.* 10. *Epist.* 54. & Ambrosin, eamque aram fuisse Puteal. Libonis, aut in locum eius eversi restitutam, add. Freher. *in Sulpitio s. de aquitate p.* 14. Rittershus. *Com in Salvian. pag.* 388. Simanca 1 *de Rep.* 16. *ac seq.* Hodie sane magistratus & iudices omnes iureiurando solemni obstringunt, in ingressu dignitatis vel officii vid *Nov.* 8. *C.* 7. & ibidem *in fi. tit.* 3. *Nov.* 15. *C.* 1. §. 1. *Nov.* 29 *C.* 3. *Nov.* 102. *in Præfat.* Nec tamen necessitatem iurisiurandi in singulis caussis præstandi remissam satis firmiter inde colligi videtur. Tametsi id non repeti generalis apud nos moris esse constet, quem & in Gallia servari testis est P. Fab. *ad tit. de O. I. p.* 82. Ac inde firmat Sich. *ad L. 2. pr. C. de iur prop. cal. n.* 2. quod unicum iuramentum initio officii præstitum, in singulis caussis repetitum videtur, argum. *hoc sacramentum Cod. de Iuretur. propter calum.* add. Wesenbec. *ad tit. Cod. de Ord. Iudic. n.* 5. Ioan. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 8. *Cap.* 41. Sic olim apud Romanos Consulatus, aliorumque magistratuum, candidati, dum eos inibant, Sacramento se adstringebant, vid. Bodin. 3. *de Republ.* 4. *n.* 291. quod nec Augustus Dio *Lib.* 53. *initio.* nec Traianus Plinius *in Paneg.* Consulatum ineundo, præbere recusarunt, Petr. Fab. *ad d. titul. de Orig. Iur. pag.* 77. Bodin. 1. *de Republ.* 8. *n.* 9. Formulam Sacramenti Senatorii refert Hippol. a Collib. *in Principe Cap.* 4. & Philipp. Camerar. 1. *Oper. Succis.* 32. Athenis quoque in ordinem Iudicum iudicii Heliastici nullus recipiebatur, nisi præstito iureiurando se secundum LL. iudicaturum, sub imprecatione

diri

L. rem non novam, in pr. & verf. *& hoc*, *Cod. de iud.* Iubet autem hac lege, ut si prætereatur hoc iusiurandum, nihil amplius pœnæ nomine denunciet, quam fore id contemptoribus periculosum, *d.* verf. *& hoc*. Unde intelligimus hoc iureiurando prætermisso nocere quidem hæc iudici, qui contemsit iurare: cæterum iudicium consistere nihilominus, ut sententia victori prosit, victo noceat, qui in eo nihil contra legem fecerunt. Videtur autem mihi hactenus iudici id nocere debere, ut cum eo agi possit, tanquam qui 4 male iudicarit hoc ipso, quod non secundum leges iudicium exercuerit.

VII. De litigatoribus cavit in 5 *L. 2. Cod. de iure. prop. cal. dan.* item *Novel. 50. §. penultim.* In quibus constitutionibus hæc capita rerum ab eo constitutarum observanda sunt. Non solum iubet

diri ex'tii. Demosth. *Orat. adversus Timocratem*, de quo Ioach. Stephan. *Lib. 2. de Iurisd. Iuda. Grat. & Roman. Cap. 5. n. 3. & Cap. 10.* n. 30. fuse Petr. Fab *ad d. tit. pag. 79. & seqq.* ubi quotannis id iusiurandum fuisse repetitum ostendit. Quod hodieque in Senatu Pedemontano servari refert Tessaur. *in Præfatione Decis.* n. 24. Et contra hanc iurandi necessitatem, nec statutum, nec consuetudo contraria valida, ceu delinquendi occasionem præbens, Mynsing. 2. *Observat.* 76. Muller. *ad Novell. Elect. Sax.* 32. *P. 1. n. 35.* Setser. *Lib. 3. de Iuram. Cap. 3. n.* 3. Iudicem tamen eum, qui ex arbitrio cognoscit, iurare non cogi scribit Menoch. 1. *Arb. Q.* 58. vid. Covar. *n. Var. Resol.* 13. *n.* 3.

4) Potius arbitrarie a superiore puniri dicendum ut post Alber. Wesenb. *ad tit. Cod. de Ord. Iudic. n.* 5.

5) *Nov. 124. Nov. Leonis* 97. *&* 107. §. 2. *Instit. de pæn. tem. litig. tit. extr. de iuram. cal.* Hoc definit Obrech. *de Iuram. cal. Cap. 1. n.* 19. quod sit religiosa litigatorum assseveratio, qua adstruunt, se non calumniandi animo, sed iuris sui opinione & fiducia fretos agere vel alteri resistere. Alias definitiones refert & examinat Anton. Del Re *h. Tr. iuram. cal. Cap.* 1. Hoc iure divino introductum esse, sentit Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. *per Exod.* 22. v. 1. qui tamen versiculus de iuramento veritatis & purgationis, non opinionis, quale hoc est, loquitur Obrecht, *h. Tr. Cap. 3. n.* 3. Ergo rectius qui Iuris civilis id esse agnoscunt, eiusque originem ab Atheniensium Republica a quibus pleraque Romani sumserunt, repetunt. Illis enim *προωμοσία* & *διωμοσία* dicebatur iusiurandum quo actor obstringebatur: *ἀντωμοσία*, quo reus. Etsi hæc quandoque confundantur & de utrisque promiscue usurpentur, vid. Wesenbec. in *Par. Cod. hoc tit. n.* 5. Obrec. *h. Tr. Cap.* 3, *numero 7. & seqq.* Ioach. Stephan. *Lib. 2. de Iurisd. Iuda. Grac. &c. Cap. 10. n.* 1016. Ubi eo tamen differre vult nostrum hoc iuramentum quod id de credulitate præstetur, illud vero de veritate, seu ex animi sententia, dira imprecatione addita. Turneb. 28. *Advers.* 20. in *fin.* iusiurandum hoc sumptum esse vult ex gladiatorum consuetudine, a quibus *ἀμφωμοσία* & *ἀμφωμοσία* dicebatur, quod uterque iurare cogeretur. Plane olim ex parte actoris cautio decimaria præstanda, qua actor initio litis, si vicerit, decimam litis præstitum iri cavebat, idque repromissione *L. iudicio Cod.* Hermogen. *de Calumniat.* non satisdatione. Unde reo actio ex stipulatu, quæ vetus calumniæ actio vocatur §. 1. verf. *hac autem Instit. de pæn. tem. litig.* Cuiac. 7. *Observat* 5. Obrecbt. *h. Tr. Cap.* 1. Nec tamen inde probatur quod Gœd. *ad L. 7. de Verb. Signif. n* 6. scribit, olim tantum reos iureiurando hoc vindicatos fuisse, non actores. Nam & Athenienses utrumque servarunt, & iurati litigatores decimam fere partem litis deponebant, quam depositionem dixere *παρακαταβολὴν* & *πρυτανεῖα*, Cuiacius 27 *Observat.* 21. confirmans ex versu Aristophanis in *Nubib. Actu quarto, Scen.* 3.

Πᾶς γὰρ τὶς ἐκεῖνος οἷς ὀφείλων τυγχάνω
Θεὶς μοὶ πρυτανεῖ. . . . .

Omnes quibus ego debeo deposita in Iudicio pecunia iurant. Et generalis quoque huius iurisiurandi mentio iure Digest. in *L. 44. §. 4. Fam. erc.* Cuiac. *in Novel.* 49. *Parte 1. numero* 184 Quam miror quod pro se adducat Gœd, *dict. loc. n.* 7. quasi ibi habeatur iudiciis duplicibus non iurare teneri de calumnia, cum directo contrarium afferatur, quod nempe in illis uterque tam rei quam actoris sacramentum subeat, Azo in *Summa Cod. hoc tit. numero* 3. Licet illic verba: *& ideo iurare, &c.* Triboniano adscribant Cuiac. *in not.* ibidem & Gifan. *ad L. 37. de Oblig. & Actionib. numero* 12. Quin & vetus illa decimæ litis sponsio restituta a Iustiniano *Novell.* 112. *Cap.* 2. vid. not. supr. *Lib. 23. Cap. 9. N.* 23. hoc addito, ut satisdationem habeat cautio, Cuiacius *d. Cap.* 5. Gœd. *d. loco numero* 8. Non obstat, quod Iustinianus in *d. §. 1. de pæn. tem. litig.* Iusiurandum hoc se introduxisse profiteatur. Nam id inde quia plenius explicavit, eique authoritatem impertiit, Obrecht. *d. C. 3. num.* 12. Finis huius ut calumniosa litigantium iniquitas & audacia, metu & religionis iniecto, compescatur, *L. 1. in fin. Cod. h. tit.* Unde supine loqui videtur Wult. *ad tit. Inst. de pæn. tem. litig.* dum hoc iusiurandum pœnis temere litigantium accenset *n. 6. & seq.* Præstatione enim huius non punitur temeritas commissa, sed ne committatur ita facile occurritur. Nec temere litigans solum hoc iuramentum præbet, sed &, qui iustissima forte caussa, sed de qua, nondum cognita, non liquet, nititur, ne temere litiget. Dicitur equidem coerceri temeritas religione iurisiurandi *princip. Instit. hoc tit.* Sed coercitio ibi non animadversionem fraudis admissæ denotat, ut in *L. 9. Cod de furt. L. 29 C. de pæn. & simil.* Verum cohibitionem & repressionem, quæ propria vis vocis. Quomodo coerceri dicitur aqua *L. un §. 9.* de fonte. Cicero *in Topic. pag. m* 398. Et ita passim Cicero coercere hostes, id est impetum reprimere, coercere cupiditates, orationem rapidam, &c. Idem *Lib. primo de Finibus initio fere*, difficilem temperantiam postulant in eo, quod semel admissum, *coerceri* non potest. Ubi pœnam non significari patet. Nec dubito simili sensu sæpius in libris nostris reperiri, sed exempla conquirere non vacat. Satis est, quod in *dict. princ.* aliter non accipi evidens sit, tum ex re ipsa tum ex adiunctis: *infamia metu*. Temeritas enim admissa & de qua constat, non metu, sed irrogatione infamiæ coercetur. Quia vero in hoc exigendo boni publici rationem habitam Imperator testatur, *L. 7. §. 4 C. h. tit.* inde inferunt, non tantum partium conventione remitti non posse, de quo vide *h. C. N.* 15. Sed nec statuto vel consuetudine; Et probatur *C. cæterum 5. extra h. tit. C. constitutus 3. de fideiuss.* Mathesilan. *Singul.* 65. Anton. del Re *h. Tr. C.* 13. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. *n.* 4. Ioh. Petr. Surd. *Decis.* 18. *n.* 8. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 25. *n. 7. & 1. Ill. Contr.* 31. *n.* 44. ne, inquit, facultas statuendi convertatur in ipsorum municipum læsionem, dum hoc remoto omnia litibus scaterent, Caroc. *de Iuram. lit. Decis. Quæst.* 13. *principali n.* 7. Obrecht. *h. Tr. C. 11. n. 20. & seq.* Gail 1. *Obs.* 85. n 3. *&* 4. Atqui id in omnibus curiis Galliæ exolevisse testatur Rebuff. *ad Const. R. Francia in proœm. Gl. 5. n.* 50. (licet lege lata in Comitiis Aurelienibus in usum revocatum sit, Fornet, 2. *Select.* 4. *in fin.*) ut & in Flandriæ provinciali ac magno Mechliniensi Concilio, Damhud *Praxi. Civ. C.* 151. n. 30. Et generale iusiurandum calumniæ (aliud in speciali, ut ex dictis *N. 2. ad Commentar. in Tit. D. de iureiur. Cap.* 13.) in terris quæ iure Saxonico reguntur, esse in usu desiit. *gl.* Lehenrecht. *art. 68. sub fin.* Fach. *Diff. iur. civ. & Sax* 47. *inter Diff.* Zobel. 24. *P. 1. n.* 7. Rauchb. *P. 1. Quæst.* 12. n. 3. Abel. Strasburg. *Cons.* 3. *n.* 40. Coler. *Decis.* 117. *n. 10. & seqq.* ubi *n.* 15. ita usu servari, ut in nullis penitus caussis præstetur. Sed Beust. *ad rubr. D. de iureiur. n.* 182. *&* Speckh. *Cent. 2. Cl. 4. Q. 20. n.* 4. quandoque id præstari testantur in foro Saxonico in Consistoriis Publicis, maxime in caussis matrimonialibus. Quanquam vero hunc morem Saxones reprobent, Sich. *ad Rub. C. h. t n.* 12. & Fach. *d loc* ac Coler. *d. Decis.* 117. *n.* 11. omni ratione carere asserat; Melius tamen alii iuste talem consuetudinem tolerari, qua periuria multa evitantur, cum & iam olim testatus fuerit Bald. *in L. si post. 24. C. de evict. n.* 1. expedire, ut ex usu iudiciorum tolleretur, ad tot periuria evitanda, cum vix tressis fere æstimari soleat. Wes. *in Par. C. h. tit. n.* 5. Gail. *d. Obs. 85. n.* 5. Obrecht. *d. C. 11. n* 25. Ant. del Re *C.* 1. n. 36. Maran. *P. 6. tit. de Iuram. n.* 11. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.*

Digitized by Google

bet eos iurare & una iurisiurandi formam præscribit: sed etiam addit, quos velit iurare, quando, quo loco, quibus præsentibus, quoties; iurisiurandi recusati quæ sit pœna, omissi item quæ. De quibus hæc est constitutionis summa. Exigit, ut ex litigatoribus actor quidem iuret se non calumniæ caussa litem intentare: reus vero se non dolo malo, nec contendendi caussa actori contradicere, [6] *d. L.* 2. pr. *Novella*, 50. *§. penult.* in princ. Pariter autem ambo ut iurent, nihil se omnino in iudicio differendæ litis caussa esse facturos. Quod propter rationes, & literas, quæ postulantur edi ab adversario, cautum [7] est, *d. Novella*, *§. penultim.* quo nomine olim tunc iusiurandum exigebatur, cum probationes istæ requirebantur, non [8] initio ex *L.* 1. *Cod. de iureiur. prop. cal. dan.* ut appareat iusiurandum de calumnia sæpius olim exigi solitum; nunc semel.

VIII.

2. *Decis.* 15. *n.* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 15. *n.* 34. *& Lib.* 2. *C.* 6. *n.* 19. Ideoque & statuta huiusmodi valere recte Vitebergæ iudicatum ex Socer Mich. Teub. *annotat.* refert Rauchb. *P.* 2. *Quæst.* 10. *n.* 6. Nec dissentit Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 131. Quin & olim sapientissimus Plato *Dialog.* 12. *de Legib.* iusiurandum nec a litigatoribus exigendum, nec etiam, si iurare parati, suscipiendum esse gravi ratione censuit.

6) Vulgo formam huius iurisiurandi ad quinque hæc capita revocant. (1) Quod caussam suam iustam putet vel credat, Neque enim hic præcise & liquido iuratur, sed ex conscientia, licet vero caussæ natura alia forsan sit, ut *L.* 2. *§.* 2. *C. h. t.* Unde vulgo non esse hoc iuramentum veritatis, sed credulitatis, vel non scientiæ sed opinionis. Obrech. *h. Tr. C.* 10. *n.* 23. *& seqq.* vid. Ant. del Re *h. Tr. C.* 8. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 60. Iac. Schult. *Obs. for.* 56. *n.* 50. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 18. *n.* 2. Aut de veritate quidem conscientiæ ac intentionis, de credulitate autem facti vel obligationis, post Bald. Toming. *Decis.* 45. *n.* 17. Obiic. Atque dicitur *ex animi sui scientia* iurare *d. L.* 2. *§.* 2. resp. Cuiac. 1. *Obs.* 21, pro eo legit: *ex animi sententia*, quod idem est ac ex sincera fide & conscientia, quia & hæc vetus iurandi formula. Verum notatus ab Hot. 2. *Amicab.* 1. tum quia formulæ solemnes per Constantinum sublatæ, tum quod scientia illic certæ caussæ notitiam significet, per præcedentia & sequentia. Mihi videtur suo se mucrone petere Cuiacius dum huc accommodat illa verba solemnia. *Si sciens, fallo, &c.* Nam si eo respicias, ex animi scientia iurat, quicunque sciens non fallit, cuique, si forte res aliter se habeat, ipsi non aliud compertum est. Sane recepta lectio adstruitur satis verbis prioribus, *scire possunt*. Et ipsa contextus series, ac vis verborum sequentium, *Et licet*, hanc sententiam arguunt. Tutores iureiurando hoc vinciendos, quia non pupillia, sed ipsis comperta esse potest caussæ iustitia, & ita hoc casu ex certa scientia iurare liquido possunt. Sed etsi non usquequaque comperta sit, modo caussa anceps, nec evidens eius iniustitia, iurandum ipsis esse de opinione, quod iustam caussam statuant, &c. (2) Caput. Quod interrogatus verum diffiteri nolit, aut saltem, quod verum statuet, responsurus. (3) Nihil corrumpendi frustrandive Iudicii caussa indici, aliive dedisse, cavisse, daturum, cauturum. *Nov.* 124. *C.* 1. quod & olim obtinuit Plin. 5. *Epist. ult.* Etsi enim id diversum ab hoc iuramentu statuat. Obrech. *h. t. C.* 10. *n.* 37. Verius tamen clausula, seu pars huius iurisiurandi statuitur, ut & Ioan. Saresberiens. *Policratici Lib.* 5. *C.* 13 (4.) Falsa probatione scientem non usurum. (5) Litem temerarie petitis dilationibus non protracturum *L.* 1. *pr. C. h. t.* Quæ his rythmicis versibus inclusa:

Illud iuretur quod lis sibi iusta videtur,
Et si quæretur, verum non inficietur,
Nil promittetur, nec falsa probatio:
Ut lis tardetur dilatio nulla petetur.

Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 174. vid. Iac. Sch. *Obs. forensi* 56. *n.* 40. Et aliis a Iusto Vulteio Hermanni parente relatis a filio. 2. *Iurisp.* 31. *n.* 159.

Iuro meam litem mihi fultam iure videri;
Nec celaturum si qua rogatus ero:
Nec promissurum, neque caussa falsa levanda
Dicere, nec litem ducere velle meam.

Ex quibus tertium istud caput, pro illo Veteris iurisiurandi formulæ, de superflua probatione ab adversario non exigenda, *auth. in isto C. h. t. Nov.* 49. *C. ult.* substitutum. Coutra hoc iurando plerumque omitti, testatur Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 27. *& seqq.* Vis huius præstiti ut calumniæ suspicionem elidat. Unde qui condictione furtiva rem ex a decessore subtractam petierat ab heredibus, nec obtinuerit, per hoc excusatum ab animo iniuriandi, ne lite illa finita iniuriarum conveniri possit statuit, licet subauditus, Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 35. Non vero ab evidenti calumnia excusat, minus expensarum condemnatione per se solum liberat, Covar. *Pract. QQ. C.* 27. *n.* 1. Obrecht. *C.* 12. *n.* 13. *& seqq.* Iac. Schult. *Obs. forensi* 56. *n.* 44. *& seq.* & DD. communiter. Etsi enim Alca. contrariam receptiorem vocet, ei tamen & in hoc alii obloquuntur, Seraphin. de Seraph. *Privileg. iuram.* 13. *n.* 3. Alias certe, quandoquidem regulariter hoc præstandum, expensarum condemnationi regulariter non esset locus, contra iuris regulam. Quin nec si calumnia cessat, quæ ex eo solo quod quis succubuit arguitur *L.* 3. *Cod. de calumn.* ideo & temeritas litigandi, quæ latius patet, vid. Bart. *ad L.* 13. *§. sin autem* 8. *Cod. de iudic. n.* 1. *&* 2. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 40. Auton. del Re *h. Tractat. Cap.* 23.

7) Hinc in quibus caussis nulla probandi necessitas, nec huius iurisiurandi prohibendi, ut cum reus confitetur vel super notorio facti permanentia agitur, Sichard. *ad L.* 1. *Cod. hoc titu. n.* 3. *&* 4. Vasq. 2. *Controvers. usufreq.* 25. *n.* 21. idem statuens ubi quæstio iuris vertitur, non probationes facti, sed allegationes LL. exigens. Sed recte Sichar. *ad d. L.* 1. *n.* 5. in proferendis & ad propositum adaptandis LL. earum contorsione & mutila sæpe citatione non minorem fraudem & calumniam committi. De caussis in quibus hoc iusiurandum necessarium vel non, vid. Obrecht. *hoc Tractat. Cap.* 8. Auton. del Re *hoc Tractat. C.* 19. *& sequent.* Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 130. *& seqq. & n.* 213. *& seqq.* Setser. 3. *de Iuram.* 4. Cuiac. *in Nov.* 49. *sub fin.* Damhub. *Prax. civ. Cap.* 151. *n.* 11. *& seqq.*

8) Id est, in lite contestanda, vel mox post litem contestatam. *L.* 14. *§.* 1. *Codic. de iudic.* quia quæ in continenti post fiunt, inesse videntur, Sichard. *ad L.* 2. *pr. Cod. hoc tit. n.* 7. Tiraquel. *de Retract. convent. §.* 1. *gloss.* 5. *n.* 2. Unde hoc initium 2. partis iudicii statuitur, Sigismund. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 1. Et ita generali hoc præstito, speciale deinde, super aliquo capite litis, a parte exigi nequit. Quod si non initio præstetur, hoc ipso in ordinem iudicantium peccari iure civili mihi plane videtur, cum *d. L.* 2. *princ. & §. ult.* ita districte hoc exigat, neque aliter progressum litis permittat. Unde vix ambigo quin dispositio *C.* 1. *pr. extr. h. t. in* 6. quod si in exordio non iuretur, postmodum in qualibet litis parte iurari queat, cum præstatio ab initio de substantia ordinis iudiciarii non existat, absona sit a constitutione Iustiniani *d. L.* 2. ut & a iuris civilis ratione. Quod cum evidens appareat, inspecto usu & fine iurisiurandi huius exigendi, miror id vulgo non notari, sed plerosque securo docere, quandocunque ante conclusionem caussæ exigi vel præstari posse, nulla diversitatis inter ius civile & Pontificium mentione. Equidem hanc differentiam notavit Obrecht. *Tr. C.* 2. *n.* 6. quod cum iure civili speciali iuramento calumniæ locus sit, non tantum in singulis litis partibus, sed & in aliis caussis extra iudicium, iure Canon. *d. C.* 1. tantum in qualibet litis parte. Et idem *C.* 9. *n.* 12. utroque iure hoc iusiurandum initio litis præstari ac *d. C.* 1. *pr.* verbis in qualibet, &c. de speciali iureiurando accipit. Quod vix probandum videtur. Plane & ante litem contestatam deferri potest, si appareat reum quærere diverticula, aut exceptionem dilatoriam frivole obiicere. Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 1. Etsi tunc præstitum

iterum

VIII. Iubet autem [9] ipsos dominos litis iurare, sive per se agant, sive per procuratores. Ut si quidem per procuratores agatur, & domini in iudicio ipso procuratorem dent, ipsi statim iurent: sin procurator veniat nullo certo mandato prolato, admittatur quidem ipse iis conditionibus, quas ius præscribit: sed omnia quiescant prius, quam dominus litis intra tempus, quod a iudice statuetur, iusiurandum præstiterit, [10] *d. L. 2. §. fin autem absfuerit*, & *§. hoc etiam*, *C. eod.*

IX. Sane si res agatur per tutores, aut curatores, vel adeo his auctoribus, iubet Iustinianus, non pupillos, aut adultos eosve, quorum res per legitimos administratores curantur, iurare; sed eos, qui [11] legitimam administrationem sustinent; ut iurent, quod eredunt & existimant, recte & iure a se fieri. Nam ii, quorum res est, quid agatur, scire non possunt, *d. L. 2. §. 1.* lubentur isti omnes hoc iusiurandum præstare, & lite contestata statim in ipso exordio litis, & ante quam patroni iusiurandum præstent, *d. L. 2. in prin.* & *§. ult.*

X. Sane iure Pontificio clericis aliisque ecclesiasticis personis hoc iusiurandum remissum, imo & interdictum est: tantum licet eis per procuratorem vel syndieum iurare. *C. 3. 4. pen. & ultim. extr. de iuram. calumn.* quod a iure civili etiam non abhorret. [12] *L. clericis, Cod. de episc. & cler.*

XI.

iterum præstari debere lite contestata, atque sic *L. 1. C. h. t.* per *auth. seq.* corrigi tantum quoad iuramentum post litem contestatam præstitum doceat idem Sich. *ad d. auth. n. 2.* Enimvero in omnibus caussis, ante vel post iudicium acceptum iudex a partibus recte exigit iuramentum malitiæ, quoties viderit expedire *C. 2. §. ult. h. t. in 6.* ex officio scilicet, non ad partis instantiam, nova suspicione calumniæ suborta, etiam post conclusionem caussæ, vid. Gail. 1. *Obs.* 84. *n.* 6 Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 8. Menoch. *Lib. 1. Præsumpt.* Q. 85. Io. Bapt. Asin. *de Execut. §. 3. C. 17. n. 5.* Quod iuramentum malitiæ aliqui a iuramento calumniæ distinguunt, Martin. 4. differentias tradens *annot. ad Azon. Summ. C. h. t.* Anton. del Re *C. 1. n. 31. & seq.* Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 62. Obrecht. *C. 2. n.* 6. Damhuder. *Prax. civ. C.* 151. *n.* 8. *& n.* 31. Cunrad. Hereabach. *Episteme Iurispr. Christiana Edict. III. Præcepti pag.* 77. cum *iuxta alios* tantum alia appellatio sit ac iuramentum calumniæ speciale, P. Greg. 48. *Synt.* 6. *n.* 2. Cuiac. *ad C. pen. extra h. tit.* Iac. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 4. *& Obs. seq.*

9) Prius autem iurare debent actor, postea reus per *L. 2. sub fin pr. & §. 6. ac 7. C. d. h. tit.* Beust. *ad Rub. D. de iurei. n.* 184. Obrecht. *h. Tr. C. 5. n. 5.* Nec tamen hic ordo substantialis solemnitatis est, ut eius inversio & præposteratio actum vitiet, Sich. ad *d. L. 2. pr. n. 7.* Scaccia 2. *de Iud.* 1. *n.* 268. *& seq.* Speekhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 25. (quam integram quasi transcripsit, more suo illaudatissimus Ierem. Setser. *Lib. 3. de Iuram. C. 5. n.* 19.

10) Et hoc iure civili certissimum est in iuramento generali ad iudicii ordinem pertinente; Etsi caussa agatur per Procuratorem. Quod & Frid. II. Imper. agnovit, ut patet ex Petri de Vineis *Lib. 5. Epist.* 50. Principales enim quarum res agitur, magis caussæ veritatem scire, magisque ex conscientia iurare possunt, Obrecht. *C. 6. n.* 12. *&* 20. Etsi speciale & extraiudiciale iusiurandum calumniæ quod ad rem privatam pertinet, Procurator præbere possit *L. 13. §. 13. de dam. infect.* Obrecht. *d. C. 6. n.* 22. Iure autem Canonico Procurator speciale mandatum habens admittitur *C. ult. h. t. in* 6. Et ita quotidie Procuratores huiusmodi iuramenta in Senatu Spirensi in animas & suas & Domini præstant, *Ord. Camer. P. 1. Tit.* 65. *&* 74. Gail. 1. *Obs.* 83. *n.* 1, add. Beust. *ad Rub. de iurei. n.* 194. Harpr. *ad pr. Instit. de iis per quos agere n.* 27. Et illam dispositionem Iuris civilis abusu non servari, scribit P. Greg. 48. *Synt.* 6. *n.* 4. Licet Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 6. iuris civilis correctionem per *d. C. ult.* non agnoscat. Non placet ratio Obrechti *d. C. 6. n.* 25. quia Procuratores fere melius calumniari norunt. Hæc enim ratio exigendi quidem iurisiurandi a Procuratore, sed non ab eo solo: Mandatum autem speciale ita requirit, Covar. *ad C. quamvis 2. de pact. in 6. p. 1. §. 5. n.* 10. ut & necesse sit caussam exprimi super qua iurandum, quomodo & Vasq. *d. C. 25. n. 17. &* 19. requiri non tantum speciale, sed & singulare. Quod tamen in Camera stricte non servatur, Gail. *d. Obs.* 83. *n.* 3. (Quid in coniuncto, vid. Del Re *d. Tr. C. 15. n.* 267. *& seqq.* Scaccia 3. *de Iudic.* 2. *n.* 260. *& seqq.*) Generale autem mandatum utique non sufficit, nec si clausula *cum libera* inserta, Vasq. *d. L.* Tametsi Bover. *Singul.* 40. *n.* 10. Procuratorem generalem tunc admitti, cum domini præsentia facile haberi nequit. Est tamen adhuc in arbitrio iudicis exigere hoc iurisiurandum ab ipso principali, per *C. 3.* verbis: *qui caussam omnino non nesciant h. t.* Obrecht. *d. C. 6. n.* 6. Quin etsi Procurator in rem suam, cum eius caussa sit & commodum, ipse ita iuret, sive nomine suo, sive directa mandantis nomine agat. Azo *contra Placentin. Summ. Cod. h. t. n.* 6. si tamen obiiciat reus, quod mandanti melius comperta veritas, illum iurare teneri idem Azo statuit. Plane & a Procuratore exigitur iusiurandum, quod præstet nomine suo & in animam suam, atque in illo non requiritur mandatum speciale, Harm. Hart. *Tit.* 10. *Obs.* 2. *n.* 8. Nam etsi principalis ipse litem contestatus, & sic iuravit, Procurator postea ab illo constitutus iurare debet, Sich. *ad Auth. principales C. h. t. n.* 3. Et substitutus quoque Procuratori, etsi substituens ante id præstiterit, Obrecht. *h. Tr. C.* 10. *n.* 44. ubi *n.* 43. *ex Ord. Cam. P. 1. C.* 65 Procuratores tam in suam quam in principalis animam iurare. Quod & generaliter usu receptum esse, in palatio Romano testatur Octav. Vestr. *Pract. Lib. 4. C. 5. n.* 17. Plura de hoc iuramento Procuratorum pete ex Ant. del Re *h. Tr. C.* 16. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 108. *& seqq. & n* 178. *& seqq.* Heredes quoque lite ad eos translata iuramentum hoc præbent, *Auth. principales pr. C. h. t.* Etsi enim factorum defuncti probabilis ignorantia, tamen & ipsi de caussa iam ipsorum effecta inquirere possunt, & tantum de opinione iurant. Obrecht. *C. 5. n. 8. &* 9. vid. tamen Ant. del Re *h. Tr.* Q. 15. *n.* 126. *& seqq. & 2.* 18. *n.* 27. *& seqq.*

11) Ut sunt Syndici, actores, curatores bonis dati, prælati Ecclesiarum, œconomi, orphanotrophi, Sich. *ad L. 2. §. 2. C. h. n. 1. &* 2, Item patres de adventitiis filiorumfamilias agentes. Sed an una tunc cum patre iuret filiusfamilias vid. Sich. *d. loc. n* 5. Et ratio differentiæ inter Procuratorem & tutores. Illi eorum lites suscipiunt qui per se idonei. Hi eorum qui ipsi iurare nequeunt. Alia autem caussa iurisiurandi in litem, *L. 4. pr. de in lit. iur.* Quia illud est affectionis, ibique semper metuitur ne plus æquo iuretur. Obrecht. *C. 6. n. 15. & seqq.* Procuratori fisci in Camera hoc iusiurandum remittitur, Mynf. 1. *Obs.* 74. Gail. 1. *Obs.* 90 *n.* 4. Beust. *ad Rub. de iureiur. n.* 186. Obrecht. *d. C. 6. n.* 32. *& 2. seqq.* Rulant. *de Commissar. P. 1. Lib. 2. C. 14. n.* 10. qui sic post accuratam disceptationem iudicatum testatur, & ita in Senatu Mantuano ac Montisferratensi. Ioan. Petr. Surd. *Decis.* 18. *n.* 11. vid. Anton. del Re *C.* 18. *n.* 14. *& seqq* Ratio, quia immo officii iuramento suo obstrictus est, Schult. *Obs. forensi* 55. *n.* 25. Remittitur & iure communi parentibus ac patronis, de quo *in Commentar. ad Tit. Digestor. de iureiurand. Cap.* 13. *n.* 2

12) Cuiac *in Novel. 49. in fin. & in C. 1. extra h. t.* ubi scribit quod de Clericis Constantinopol. *d. L.* 25. disposuit, ab Henrico II. Imperatore primum, deinde ab Honorio Papa *d. C. 1.* ad omnes extensum esse. Turpe enim hos in falsitatis vel calumniæ suspicionem vocare, qui ob Religionis & pietatis professionem ab utroque abesse putantur, Obrecht. *C. 5. n.* 14. Apparet tamen, ex

d. C.

XI. Iubentur iurare in iudicio apud iudicem: nisi vel sit mulier, vel egregia persona, vel is, qui valetudine impediatur. Quod genus personarum ius non cogit in ius venire. Itaque si eum his nobis res sit, iubetur ipsis postulantibus in domo earum iusiurandum exigi, altera parte, vel eius procuratore præsente. [13] *d. L.* 2. In princ. vers. *sin autem.* Vide *L. ad personas, D. de iureiur.*

XII. Si litigatores exacto iureiurando recusent iurare, hæc est pœna; actor cadit ab instituta actione: reus pro confesso habetur. [14] *d. L.* 2. *§. quod si actor.* Quid si iusiurandum a iudice exactum non erit? Et Iustinianus in *d. L.* 2. *§. sed quia.* vetat hoc iusiurandum remitti invicem a litigatoribus, & iudicium iubet omnimodo id exigere; adiiciens se legem de hoc genere non pro commodo privatorum, sed pro utilitate communi posuisse, Unde apparet si iusiurandum exactum non erit, contra legem fieri, & ordinem in iudiciis institutum. Contra hunc prolatam sententiam [15] nullius momenti esse constat. *L.* 4. *Cod. de sent. & interloc.* Pontifices ea re vitiari iudicium noluerunt. *C.* 1. *de iuram. cal. lib.* 6.

XIII. Post hos iubet advocatos utriusque partis iusiurandum præstare, *d. L.* 2. in princ. Exigit in *L. rem non novam, §. patroni, Cod. de iud.* ut iurent tactis sacrosanctis evangeliis & simul quid iurent, ibidem præscribit, quod cum disertis verbis fiat, inde petere licebit. Summa autem hæc est: caussam se suscipere quam iudicio suo non improbant: ei se omni studio, & bona fide adfuturos: si quid maliciose & improbe fingi in ea postea

d. C. 5. *& Cap. ult. h. t.* si ipsi per se litigent, iurare eos cogi. Quod & tandem invaluisse scribit Obrecht. *d. C.* 5. *n.* 16. add. Azo *in Summ. C. h. t. n.* 7 fuse Anton. del Re *h. Tr. C.* 15. *n.* 308. *& seqq.* Alii distinguunt, ut etsi non de calumnia, tamen de veritate dicenda iurent, Alb. Galeot. *Margarita aurea C.* 15. *n.* 10. Reges quoque & principes ob eorum dignitatem, qua suspicio calumniæ excludatur, excipi volunt, Mynf. 1. *Obs.* 74. *in fin.* Obrech. C. 8. *n.* 13. Del Re *C.* 18. *n.* 3. Intellige ut eorum Procuratores in animas dominorum non iurent. Nam de ipsis, cum in iudicio versari non soleant, nulla quæstio. Male qui rationem istam in persona Procuratorum cessare putaur. Nam immo iusiurandum quod in animam domini præstatur, ex suspicione calumniæ ipsius domini exigitur, indeque periurus fit, si peieratur, non Procurator qui iuravit, sed is cuius nomine, Sichar. *ad Auth. principales C. h. t. n.* 3. Plura de personis, quæ sic iurare tenentur, Anton. del Re *h. Tr. C.* 15.

13) *Auth. principales* §. 1. 2. 3. 4. *C. h. t.* Obrecht. C. 9. *n.* 13. *& seqq.* vid. Anton. del Re *C.* 17. *&* confer *Commentar. in Tit. Digestor. Cap.* 14. *n.* 5. *&* 6.

14) Stiatic. *Obs. Pract. Cap.* 10. *n.* 92. post alios citatos Iac. Schult. *Obs. forensi* 55. *n.* 46. Sig. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 93. *& seqq.* Anton. del Re *Cap.* 14. *& Cap.* 21. quos vide. Ut tamen præcedat sententia declaratoria per *d.* §. 6. (verbo *cadat* futuri temporis) Gail. 1. 86. *n.* 1. Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 18. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 25. Schult. *d. loc. n.* 47. Et usque ad sententiam moram purgari posse, docent Gail. *d. loc. n.* 2. *& seqq.* Obrech. *d. C.* 12. *n.* 19. vid. Scaccia *d. C.* 1. *n.* 101. *& seqq.* Quid si Procurator iurare sic noluit an & quatenus id domino noceat, vid. Gail. 1. *Obs.* 89. Obrech. *C.* 12. *n.* 23.

15) Unde pervulgata est nostrorum doctrina iusiurandum hoc expressa saue partium conventione remitti non posse, cum ratione publicæ utilitatis id exigatur, taleque pactum turpitudinem in se contineat, tacite vero posse, si nempe non exigatur, nec inde iudicii ordinem vitiari per *d. Cap.* 1. *Obs.* 85. *n.* 2. Vasq. 2. *Controv. usu freq.* 25. *n.* 22. Sich. *ad Rubr. Cod. h. tit. n.* 10. *& ad L.* 2. *pr. n.* 9. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. *n.* 5. Scaccia 2. *de iud.* 1. *n.* 49. *& seqq.* (qui inde negat esse hoc iuramentum de substantia iudicii simpliciter & per se, sed solum si exactum fuerit) Lanc. Conrad. *de Off. prat. in causs. civil.* v. *Iuram. cal. n.* 1. Gravat. *ad pract. Vestrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. F.* Caguol. *in L.* 23. *de R. I. n.* 82. Virgil. Pingitz. *Q.* 35. *n.* 4. Wult. *ad pr. I. de act. n* 67. Wendelin. Hailman. *de Testib. C.* 4. *p.* 55. Ant. del Re post plures citatos de *Iuram. cal. C.* 12. *n.* 8. *& seqq.* Iac. Schult. *Obs. forensi* 55 *n.* 6. iunct. *n.* 29. Etsi vero plerique tacitam nam remissionem iure civili quoque ratam esse doceant per *L.* 34. §. 4. *D. de iureiur.* arg. a contrario ex verbis: *si hoc exigatur L.* 5. §. 14. *de op. no. nunc.* Contra tamen cum Donello verissime sentiunt Stiatic. *Obs. pract. C.* 10. *n.* 95. *& seqq.* Obrech. *h. Tr. C.* 11. *n.* 7. *& seqq.* & And. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 2. tum quia eadem ratio inhibendæ tacitæ remissionis, cum ad ordinem iudicii pertineat, qui non est in arbitrio litigatorum, Forner. 2 *Select.* 4. tum quia Imperator *d. L.* 2. §. 4. districte cavit, ne dissimulatione, quo tacita conventio hæc innuitur, sanctio sua deludatur. Adhæc *d. L.* 2. *pr.* habetur non aliter, nec actorem, nec reum subire certamina debere, &c. nisi hoc iusiurandum subeant; Unde satis patet non exspectari debere petitionem partis adversæ, sed utrumque id ultro subire debere, Stiatic. *d. loc. n.* 103. Non obest *d. L.* 34. §. 4. *d. L.* 5. §. 14. Illic enim exempla iurisiurandi calumniæ specialia, quod cum ad privatam caussam exigatur, non publicæ utilitatis intuitu, facilius remitti potest. Forner. 2. *Select.* 4. Obrecht. *d. loc.* vid. notata ad *Commentar. in Tit. Digestor. Cap.* 13. *N.* 3 Quare iudicis officii erit, ut parte non petente ipse proprio motu exigat, P. Gregor. 48. *Synt.* 6. *n.* 10. Io. Bapt. Asin. *de Exsecut* §. 3. *C.* 17. *n.* 1. *&* 2. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 64. *n.* 20. Speckan. *Cent.* 2. *Dl.* 4. *Q.* 27. Quod & ipsi licere si conventione iurata remissum sit, Vasq. 2 *Contr. usu freq.* 25. *n.* 5. qui ipsam tamen conventionem ob iuramentum valere putat, licet alias nec decennii lapsu illam firmari asserat *d. C.* 64. *n.* 19. Enimvero in hoc utrique iuri Civili & Canonico convenire inter nostros convenit, quod posteaquam semel petitum, si non præstitum, processus nullus reddatur, quia exinde hoc iusiurandum substantiale iudicii effectum, vid. Caroc. *de Iuram. lit. decis. Quæst.* 13. *principali n.* 6. Ant. del Re *hoc Tract Cap* 14. *& Cap.* 21. Scaccia 2. *de Iudic. n.* 86 *& seqq* Gravat. *ad Pract. Vestrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. E.* post alios Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 4 Speckhau. *Cent* 2. *Cl.* 4. *Q.* 19. *n.* 2. Nec posse id iudicem remittere etiam in caussis summariis, Menoch. *Arb. Q.* 20. *n.* 2. *&* 4 *Adip. possess. n.* 553. Unde advocatum instruunt ut postquam semel petiit, ne ulterius petendo insistat. Ita enim si sententia adversa feretur poterit processum arguere, Mathesilan. *Sing.* 64. Menoch. 1. *Arb. Q.* 20. *n.* 6. Lanc. Conrad *d. v. Iuram. cal. n.* 6. Sed hæc cautela vafra ac maliciosa ad suum auctorem diabolum remittenda, Obrecht *h. Tr. C.* 11. *n.* 28. Speckhau. *d. loc. n* 3 Quid si actor iam perfecte suam intentionem implevit? Tunc iurare eum non teneri, nec ex recusatione pro confesso haberi statuunt, Gabr. Sareyna *Annot. ad Mathesil Sing.* 65. *n.* 1. *&* 2. Gravat. *ad d. C.* 2. *lit F.* Caroc. *d. Quæst.* 13. *n.* 21. Iac. Schult. *Obs. forensi* 55. *n* 32. Contra Vasq 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 9. *&* 10. quia etsi tunc iurisiurandi de re principali delationi non locus *C.* 2. *de probat.* eo quod in nullo eius præstatio relevaret, alia tamen huius ratio, cum præsumptio calumniæ, recusatione hac orta aliam præsumptionem quæ ex probatione elidere possit. Sane si ex Iuris civilis ratione rem metimur, inania hæc contentio. Neque enim hoc præstari debet nisi ante litem contestatam, ut *h. C. N.* 8. Ergo nec post probationes perfectas quæ post iudicium acceptum instituuntur.

ſtea deprehenderint, protinus ſe eius patrocinium omiſſuros. Quibus cauſſam ſuſceptam deſerentibus, idem conſtituit non licere domino litis ad alterius advocati patrocinium confugere. Si exacto iureiurando patroni iurare nolent, videlicet ad actionem cauſſæ non admittentur.

XIV. Si forte iudex ab his non exegerit iusiurandum [16], ea conſtitutione non cavetur, quæ ſit pœna, neque ex ea ſatis colligi poteſt: dici tamen poteſt non improbabiliter, quod prius dixerat periculoſum fore contemptoribus: ſi iudex ipſe non iuraverit, id & ad iuſiurandum patroni, de quo continenter ſequitur, recte transferri: ut periculoſum ſit & hic quoque iudici id non exegiſſe: veruntamen iudicium nihilominus conſiſtat; quia ex fide patronorum iudicium non pendeat. Periculum autem idem intelligimus, quod ſupra, ut videatur ſcilicet in eo litem ſuam feciſſe iudex, qui male iudicium exercuerit.

CAP.

16) Add. *ſupra Lib.* 18. *C.* 3. *N.* 45. Atque hoc iuramentum peculiare eſſe & diſtinctum a iuramento calumniæ oſtendit Obrecht. *de Iuram. Cal.* C. 6. *n.* 38 *& ſeq.* Quem præter citatos *ſupra d. loc.* de hoc adi, & Anton. del Re *de Iuram. calumn.* C. 15. *n.* 240. *& ſeqq.* (ubi conſuetudine hoc non præſtari notat, quod & monet Beuſt. *ad Rub. D. de iureiur. n.* 186.) Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 22. Ventur. de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 15. *& ſeqq.* Iacob. Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 22. ubi advocatos ſingularum cauſſarum hodie non iurare, Curiarum vero provincialium in hiſce terris initio officii iureiurando unico obſtringi notat. Apud veteres iuſiurandum nullum dediſſe advocatos ex illo Cicer. *pro Caecinna* id iurati teſtes dicunt, quod ego iniuratus inſimulo, arguit Ian. Langiæ. I. *Semeſtr.* 2. *in fin.*

Digitized by Google

CAP. IV.

Lite pendente nihil innovandum, inde prohibitam sequestrationem pecuniæ, & ad L. un. C. de proh. sequest. pecun.

I. Fide, & religione iudicii iureiurando confirmata, ante omnia hoc cavendum est indici, & deinceps in reliquo indicio servandum, ne quid ante sententiam in re, de qua lis est, [1] innovet. Nam si adversus eum, qui semel bisve condemnatus sit, si appellaverit, constitutum est, ne quid pendente appellatione innovetur. *L. unic. D. nihil innov. appell. pend.* quanto magis idem adversus eum, in quem nihil dum pronnnciatum erit? Ex hoc iure est, quod vel sola sequestratio pecuniæ petitæ prohibetur. *L. unica, C. de prohib. sequest. pecun.* quæ tamen cum videatur interdum adversus reum iuste postulari, res postulat, ut de eo hoc loco paulo plura dicantur, expliceturque a nobis *d. L. unica*. Sequester est is, apud quem duo pluresve eandem rem, de qua inter eos controversia est, deposuerunt ea lege, ut ei redderetur, qui vicisset. *L. sequester, D. de verb. signif. L. proprie, D. depos.* Sed & is sequester est, apud quem rem controversam iudex solus deposuit, quomodo sequester hic accipitur. Hinc sequestrare, pro apud sequestrem deponere, & sequestratio eiusmodi depositio est. Seqnestri officium describitur in *L. ei apud quem*, §. 1. *D. depos.* Peouniæ verbum idem hic significat, quod fere in aliis partibus iuris, idest, non numeratam pecuniam tantum, sed rem omnem quæ petitur, idest, omnia corpora, ut est in *L. pecuniæ, D. de verb. sig.* Id ita esse, ratio constitutionis huius *tit. C.* indicat. De prohibita autem sequestratione dicitur, non ut intelligamus agi de sequestratione ea, quæ prohibita sit: nam interdnm prohibetur, interdum non, ut infra apparebit.

II. Ergo cum iudicio agitur, & pecunia seu res quævis petitur, quæri solet, quia forte debitoris aut rei persona videatur suspecta, an cogendus sit rem petitam sequestrare, & an iudex postulante actore iubere debeat, eam sequestro committi, ut deinde victori reddatur, sive is actor erit, sive reus, atque hoc modo victori consulatur? Hic de hac re ita cavetur: *quotiens ex contracta pecunia postulatur, ut sequestrationis necessitas conquiescat*. Qua definitione comprehensa sunt tria hæc, prohibitio sequestrationis, caussæ, in quibus sequestratio prohibeatur, & res, quæ prohibeantur sequestrari.

III. Primum iubetur conquiescere necessitas sequestrationis, id est, vetatur iudex imponere debitori, seu reo necessitatem rei petitæ sequestrandæ, sive possessione amissa rem petitam apud sequestrem deponere. Unde intelligimns, inter [2] volentes

1) Etsi Princeps iusserit, vid. *Novell.* 113. *Cap.* 1. ac etsi Fiscus egerit, *L.* 7. *Codic. de iure fisci*. Fuse de attentatis lite pendente Lancell. *de Attentat. Parte* 2. C. 4.

2) Vulgata sequestrationis divisio in conventionalem, seu voluntariam, & iudicialem, seu necessariam, quam Iacob. de Arena *de Sequestr. n.* 1. *&* 2. contentiosam vocat, Gœd. & ab eo citati *de Sequestr. C.* 1. *n.* 79. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. *n.* 2. Licet alii mixtam addant, alii casualem, ut Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 72. *n.* 5. Alii in propriam & impropriam dispescant, quos Gœd. *d. loc.* refellit. In uberiori materia hac, ut diffusior sim, multa vetant. Adeundos præscribo, cui libitum est, quos ipse adii. Fr. Curt. Sichard. & Donell. *ad L. un. Cod. hoc tit.* Iacob. de Arena *de Sequestr.* Sigismund. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. Coras. 3. *Miscell.* 2. Robert. 1. *Sentent.* 5. Leonin. 7. *Emend.* 1 Perrenon. 1. *Animadver.* 15. Bronch. 1. *Miscell. Ass.* 63. *& seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 457. *& Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 88. *& seq.* Afin *de Exsecut.* §. 3. *Cap.* 122. *& seqq. & Cap.* 132. Tiraquel. *de Retr. convent.* §. 5. *Gloss.* 7. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. aula Rom. Cap.* 2. Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 72. Stintic. *Obs. Cap.* 11. Gail. 1. *Obs.* 147. *& seq.* Mynf. 1. *Obs.* 11. *&* 5. *Obs.* 35 Coler. *Process. Part.* 1. *Cap.* 2. *numer. & seq. & Part.* 3. *Cap.* 8. *n.* 31. *& seqq. & d. Part.* 3. *Cap.* 11. Cumprimis vero ut alios plures taceam, *Repetit.* Gœd. *in hunc tit. Decretalium*. Cautelam Studiosi discessuri, ne res eius, absente

tes sequestrationem non prohiberi, tantum prohiberi, si altero invito postuletur. Ratio prohibitionis subiecta est, quia debitorem oportet primo convinci, & sic deinde ad solutionem pulsari, id est, urgeri. Addita est ratio rationis, quæ consideranda est, quia hoc & iuris ratio & æquitas persuadeat. Iuris rationem intelligunt Imperatores formam iuris, & ordinem iudicii Iure constitutum in rebus persequendis. Est autem hic ordo, qui in primis nobis notandus est; Eum, qui aliquid petit, oportere probare id, quod intendit, si negetur, & probare legitimis modis; atque ita negantem reum convinci, convictum condemnari, condemnatum deinde remediis iuris ad solutionem urgeri, nempe pignoribus captis, & distractis, unde iudicatis satisfiat. Hic ordo præscribitur in *L. negantes, C. de obl. & act.* & *L. 1. C. de exec. rei iudic.* Hic ordo iure constitutus declarat, non esse movendam possessionem rei suo loco, nec quicquam, quod sit rei attingendum esse, priusquam ille convictus & condemnatus fuerit. Ex quo efficitur, rem eius, quanvis petitam, sequestrandam non esse, sed in suo loco manere debere rei possessionem, & hoc ius ita constitutum est. Sed quanvis auctoritate constituentium hoc ius non niteretur, tamen per se æquissimum est, ut quanvis constitutum non esset, tamen constitui debuerit: idque est, quod de æquitate subiicitur. Est autem æquum duabus de caussis. Primum quia affirmatio actoris, qui intendit pecuniam sibi deberi, nihil in re mutat, si falsa est. *L. assumptio, D. ad municipal.* ac fieri potest, ut falsa sit; certe nunc, an vera sit, non constat, nec prius constabit, quam probaverit: proinde æquum est, propter eam affirmationem nihil in iure debitoris mutari, nihil in caussa innovari, unde & illud constitutum est, etiam appellatione interposita tamen nihil novari oportere adversus debitorem: multo minus nondum reo condemnato & appellatione non interposita. *tit. nihil innov. app. interpos. D.* Deinde cum actor intendit sibi deberi, & reus negat se debere, ac neuter probat, quod dicit, hactenus apparet utriusque parem esse caussam. In pari caussa potior debet esse caussa possessoris, vel verius par debet esse effectus caussæ apud utramque partem, ut qui prius non possidebat, etiam nunc non possideat, qualis est actor: qui autem prius possidebat, etiam nunc possideat, qualis est reus. *L. in pari, D. de reg. iur.* Et hoc est, quod dicitur, ubi paria sunt utriusque litigatoris iura, meliorem esse conditionem possidentis, quia in suo loco maneat possessio, *§. retinendæ, Inst. de interd.*

IV. Hæc ratio posita ostendit quibus in caussis sequestratio prohibeatur. Constitutione expressum est, prohiberi, quoties ex contractu agitur. Itaque videri possunt his verbis excludi quasi contractus, maleficia, & quasi maleficia. Sed generaliter definiendum est, sive pecunia petatur ex contractu, sive ex quasi contractu, ut negotio gesto, sive ex maleficio, sive ex quasi maleficio, nunquam debitorem, cum quo agitur, eogendum esse, pecuniam, quæ petitur, sequestrare, nunquam iudicem eam pecuniam ablatam sequestri committere. Et generaliter in omnibus actionibus in personam, ex quibus petitur, quod nobis debetur, non res nostra, quæ nobis ablata est, ut in condictione furtiva; in iis, inquam, omnibus cessare sequestrationem. Id evidenter primum efficitur ex subiecta constitutionis ratione: nam ideo iubetur conquiescere sequestratio, quia prius oportet debitorem convinci, sic deinde per prehensionem rerum eius eum ad solutionem urgeri. Hæc ratio ad omnes debitores pertinet, ut loci, quos supra citavimus, ostendunt, & præterea illa æquitas, quam declaravimus. Proinde in omnibus idem ius de sequestratione statuendum. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Movere nos non debet, quod in constitutione dicitur, quotiens *ex contractu* agitur. Nam potius ex hoc verbo colligi oportet, idem ius in omnibus actionibus in personam, in quibus agitur de eo, quod debetur, idem statui debere. Nam sic est usus iuris, quotiens lege aliquid constituitur de eo, quod contractum est, toties omnis obligatio, quæ ex aliis caus-

sis

sente illo, sequestrentur, petat is ex Blarero *in L. Diffamari, cap 2. n 23 pag.* 74 Cæs. Contard *ibid. Cap.* 3. *n.* 4 Cagnol. *in eand C. n.* 14 & Speckhan *Cent.* 2. *Class* 1 *Q.* 14. *n* 3 Affinis sequestrationi Arrestatio, quæ dicitur rerum debitoris, ac passim cum ea confunditur, diversa tamen, ut ostendit Gœd *in Rub. extra hoc tit n.* 20 *& seq* Manus iniectionem Latine dici posse, notat Budæ. *in L. xlt. de Senat.* referente Gail *de Arrest. Cap.* 1. *n.* 2. cum & in homines & in res manus inici legamus. Arresta autem in utrisque recepta. De quibus adi Gail. *d. de Arrest.* Petr. Peck. *Tr. de Iure sistendi & manuum iniect.* Melond. *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 316. *& seqq.* Petr. Frider. 1. *de Process. extrah.* 38. *& seqq.* Et ad usum fori nostri *Nov. Elect. Saxon.* 29 *& seqq. Part.* 1. ubi Moller. *&* 3. *Semestr.* 44. *ac* 4. *Semestr.* 11. *& sequent.* Simon. Pistor. *Consil.* 7. *Vol.* 2 Modest. Pistor. *Q.* 110. 114. 136. 162. *&* 165. *Diff. iur. civil. & Saxon.* 43. *P.* 1. Coler. *Decis.* 200. Virgil. Pinga *Quæst* 58. Rouchbar. *P.* 1. *Q.* 3. *&* 4. Iacob Schult. *Quæst. pract.* 41. Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 3. *&c.*

sis nascitur, pro contractu habenda est, ubi manifesta ratio eas caussas non distinguat. Exempli gratia, ius ita est, unumquemque conveniri posse in eo loco, ubi contractum est. *L. heres*, §. 1. & ult. *D. de iudic. L.* 3. *D. de reb. auct. iud. possid.* Iuris auctores in iis verbis contractum interpretantes ita definiverunt, omnem obligationem ex qua quid debetur, pro contractu accipiendam esse. *L. omnem, D. de iudic.* Eadem ratio ostendit, quid hoc loco *pecuniae* verbo intelligi oporteat, nempe non pecuniam numeratam tantum, sed rem omnem quae debeatur; quia in omnium rerum debitoribus semper verum sit, quod subiicitur, debitorem oportere primo loco convinci, sic deinde ad solutionem urgeri. Definitione generali posita in actionibus in personam, sive in omnibus iudiciis, in quibus petitur id quod debetur, apparet sequestrationem imponendam non esse debitori, sive persona debitoris suspecta sit, sive non sit; nec quiquam referre, pecunia sit, quae petitur, an alia res; & in caeteris rebus utrum sit res mobilis, quae auferri possit, an immobilis.

V. Sed hoc ius in actionibus in personam, uti hic constitutum est, ita & locum habet; non item in actionibus in rem, & iis, quibus rem nostram petimus, aut tanquam nostram vindicamus. In iis ut plurimum sequestratio prohibetur: interdum tamen admittitur. Admittitur autem interdum in his iudiciis rei petitae sequestratio, interdum fructuum. Res petita, si immobilis est, nunquam sequestratur: quia non est periculum, ne debitor eam auferat: sin res petita mobilis est, interdum eius rei sequestratio admittitur: id quod receptum est tribus in caussis.

VI. Primum, cum servus, qui ante pro servo possidebatur, ex possessione servitutis in libertatem proclamat, & dominus eum in servitutem revocat, & idem petit sibi restitui peculium omne, quod apud servum erat. Nam hic placuit, dum de caussa liberali cognoscitur, peculium omne servi deponi, idest, sequestro committi. *L.* 1. §. *super, C. de assert. toll.* Quod ius habet hanc rationem: nam cum servus ex possessione servitutis in libertatem proclamat, etsi dominus eum petat in servitutem, tamen idem & petitor & possessor est: quia prius erat in possessio-

ne servitutis, ideo non debet servus frui commodo possessoris, cum ipse servus non sit: sed rursus, quia iniquum est, peculium restitui domino, priusquam vicerit, se dominum esse, ob id res eo deducitur, ut apud neutrum esse debeat possessio peculii, quam ob caussam deponi oportet. Altera caussa est, si cum vero possessore rei agatur, sed eius persona suspecta sit, & ideo periculum sit, ne cum re aufugiat: quo casu desideratur ab eo, ut satisdet rei petitae nomine. Si non satisdat, placet rem controversam deponi, ut & actori consulatur. *L.* 3 *si fideiussor*, §. *ult. D. qui satisd. cog. L. senatusconsulto*, in fin. *D. de offic. praes.* Suspecta autem persona hic intelligitur, quae in eo territorio, in quo agitur, immobilia non possidet, non suspecta, quae possidet. *arg. in L. sciendum, D. qui satisd. cog.* Tertia caussa est, cum debitore iam condemnato ad exsecutionem rei iudicatae ventum est. Nam si hic debitor ab exsecutione appellet, ut interdum potest, & recipiatur eius appellatio; placet non aliter eam recipi, quam si res mobilis, de qua agebatur, apud sequestrum deposita sit, ne scilicet malitiose debitor hac appellatione abutatur, ad rem retinendam. *L. ab exsecutione, C. quor. appell. non recip.*

VII. Fructuum quoque rei immobilis sequestratio recepta est itidem tribus de caussis. Prima: si fructus rei populentur, idest deperdantur, & dissipentur a possessore. *L. imperatores*, §. *ultim. D. de appell.* Illic quidem agitur de possessore, qui post appellationem fructus depopuletur, sicut & in *C.* 3. *extr. de sequest. possess. & fruct.* Sed idem probandum est, etsi, 4 ante appellationem idem faciat: quoniam nihil magis appellatione pendente innovari oportet, quam ante. Idem praeterea receptum est, cum possessor rei immobilis condemnatus ab executione appellat. Nam si recipitur eius appellatio, placet idem hic servari quod in re mobili petita; ut quemadmodum res mobilis sequestratur; sic in re immobili sequestrentur fructus. *d. L. ab executione, C. quor. appell. non recip.* & *C.* 2. & 3. *extr. d. tit.* Postremo idem ius receptum est, in hac specie, cum coloni qui antea agrum possidebant ut coloni, postea coeperunt possidere ut domini. Nam hic si dominus

3) Anton. Fab. *ad d. L.* 7. Triboniani esse vult & *d.* §. *ult.* & reliquos locos Pandectarum quibus sequestrationis mentio. Quod ut probare religio est, ita refellere operae non videtur.

4) Vid. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. *n.* 7. *& seqq.* Diss. Fr. Curt. *ad Leg. un. Cod. hoc tit. n.* 8. Speciale esse in caussa appellationis statuens, & inde a contrario arguens.

agrum suum vindicet, placet veteri eius possessori hoc tribui, ut dum caussa disceptatur, fructus deponantur. *L. litibus, C. de agric.* & *cens. lib.* XI. Præter has caussas sequestrationis nullas præterea legimus in iure nostro: nisi huc advoces quæ a Paulo *lib.* 5. *sentent. C. pen.* scripta reperiuntur. Nam ad sequestrationem nihil pertinet species. *L.* 1. §. *iubet.* & §. *seq. D. de collat. bon.* ubi filius emancipatus, cum fratribus, qui in potestate fuerunt, ad successionem veniens, iubetur bona sua fratribus conferre, aut de conferendis idonee cavere vel fideiussoribus datis vel pignoribus: ni ita caveat, curator iis bonis constituitur. Nihil, inquam, hoc exemplum ad sequestrationem: nam curator non est sequester; curator constituitur bonis de quibus controversia non est; non deponitur apud sequestrem nisi res, de qua controversia est *L. sequester, D. de verb. signific.* Non debet etiam ad sequestrationem referri species. *L. si cum dotem,* §. *sin autem,* vers. *sin vero, D. sol. matrim.* ubi maritus uxorem, si furiosa est alere iubetur, nisi alat, bona mariti sequestrantur, ut alatur ex fructibus. Illic sequestrari improprie dictum est. Nam nec in ea specie de bonis mariti ulla controversia est. Iam autem dixi sequestrationem non cadere nisi in rem controversam.

VIII. Iure Canonico etiam possessio sequestratur; ut in interdicto uti possidetis. *C. examinata,* 15. *extr. de iudic. C.* 7. *ex. de conf. util. vel inutil.*

IX. Ex his intelligi potest, in sequestratione non esse obligationem, seu sequestrationem ex obligatione non peti; multo minus nasci ex contractu. Sed quæstio omnis de sequestratione pertinet ad ordinem iudiciorum, seu ad rationem iuris nostri obtinendi. Nam cum res aliqua iudicio petitur, quæritur, ut initio dixi, an necesse habeat reus postulante actore rem petitam sequestrare? Dicimus necesse non habere: refragari enim & naturæ æquitatem & iudiciorum ordinem, qui præscribit, prius debitorem convinci oportere; quam ad solutionem aut alicuius rei præstationem urgeatur. Unde etiam intelligitur, quam non idoneo loco hæc quæstio & constitutio in C. Iustiniani interposita sit. Et quam contra opportuno & suo locata sit a Pontificibus *libro* II. *decretal.* ubi de iudiciis & eorum forma atque ordine pleraque explicantur.

CAP.

C A P. V.

De caussæ cognitione. Quid sit caussam cognoscere; quæ plena, quæ summaria cognitio.

Iudicis munus caussam cognoscere. Hoc quid sit. I.
Cognitio caussæ aut plena, aut summaria, ut vocant: posterior hæc qualis; de ea quo in loco. II.
In iusto & vero iudicio non admittitur. III.
Plena cognitio quæ actoris & rei sunt plene omnia discutit, & intra legitima tempora. IV.
Quæ ad intentionem actoris & rei defensionem pertineant. V.
Quæ forma atque ordo ea cognoscendi quæ actoris & rei sunt. VI.
Plena & iusta habetur interdum cognitio in qua nihil probatum, & rei allegatio repudiata, & quomodo. VII.
Allegatio sive exceptio qua reus ipso iure liberatur & probata actoris intentione admittitur, etsi ille primo inficiatione est usus. VIII.
Aditus ad Cap. seq. IX.

I. IAm de iis, quæ proprie attingunt officium iudicis, ut fert iudicii ordo, dicatur; cognitionem dico, & iudicationem. In quibus prima est caussæ cognitio: ac quid sit caussam cognoscere, & quibus rebus constet hæc cognitio, videamus. Caussam cognoscere est, cognoscere, qualis sit caussa, quæ in iudicio versatur: & quod dicit Constantinus in *L. iudices, C. de iud.* discutere, & cognoscere rei, idest caussæ qualitatem. Puta, [1] verum sit, an falsum, quod dicitur: iustum, an iniustum, æquum, an iniquum, quod petitur. Cognoscitur autem caussa ex iis, quæ pro caussa dicuntur, probanturque a litigatoribus. Itaque cum iubentur iudices caussam cognoscere, hoc iubentur inquirere in rem, & litigatores de re dicentes & probantes audire, & quæ ad probationem sunt, expendere: ut ex inquisitione cognitio quæ sequitur; ex cognitione contra inquisitio, quæ præcedit, intelligatur. De hac inquisitione, & cognitione cautum ita est a Constantino in *d. L.* iudices. *Iudices,* inquit, *oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere, & tunc utramque partem sæpius interrogare, nunquid novi addere desiderent.* Plenam inquisitionem exigit: ut Pontifex, plenam iustitiam, *C. qualiter, extr. de iudic.*

II. Opponitur plena [2] summæ. Summatim cognoscere dicitur iudex, aut magistratus, cum re aliqua a petitore allata, quæ vel leviter pro eo faciat, ei concedit, quod petit, interim contempto eo, quod contra affertur a reo, si videatur habere obscuriorem quæstionem. Qualis est, exempli gratia, ea cognitio, quæ pro impubere recipitur bonorum possessionem petente ex Carboniano edicto: de qua in *L. 3. §. caussæ, D. de carb. ed.* Hæc neque admittitur in omnibus caussis, & sicubi admittitur, recepta est utilitate rerum ita suadente, hac conditione, ut decretum, quod inde secutum erit, profit ad tempus duntaxat, sitque eiusmodi adversus quod alio iusto, & pleniore iudicio agi possit, sic ut prius illud decretum veritati non præiudicet. De quo genere quia scripsi diligentius, ut in loco, ad *§. si verum, L. a divo, D. de re iud.* plura hic non dicam, contentus locum indicare, unde peti possit, quod huc facere videbitur.

III. Illud de hac cognitione recte in universum hoc loco præcipietur, in iudicio, quod quidem vere iudicium sit, id est,

1) Caussæ cognitio in duobus, ut negotii veritatem & iustitiam examinet, *L. 3. de in integr. restit.* Quorum prius ad factum solum, posterius ad ius refertur. Anton. Fab. *ad L. 6. §. 2. de negot. gest.* add. Sarmient. 1. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 4. Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 19. Etsi Wesenbec. *in L. 9. Cod. de iudic. n.* 2. plenam inquisitionem, quæ *d. L.* 9. in tribus constituat: Ordinis iudicii observatione, iustis dilationibus dandis, & idoneis probationibus admittendis. Ubi tamen, quod præcipuum est, omitti videtur, matura nempe ab utraque parte propositorum & meritorum caussæ discussio ac examinatio. Vocatur & disquisitio, Cicer. 1. *Philipp.* & examen ac disceptatio, Pollet. *Lib. 3. Hist. fori Cap. 1. pag.* 202. *&* *Cap.* 3. *p.* 323. add. *h. C. N.* 3.

2) Collibitum foret caussas summarii iudicii, ac compendiariæ cognitionis non summatim pertractare, sed hic modus libri ac instituti non fert. Potiora differens, remitto ad Menoch. 1. *Arb. Q.* 18. *& Remed.* 4. *Adipisc. possess. n.* 470. *& seqq.* Hottoman. 2. *Obs.* 4 *& seqq* Forcat. *Dial.* 80. Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in causs. civil. v. Summaria cognitio.* Sig. Scaccia 1. *de iudic* 53. Langlæ. 2. *Semestr.* 1. *pag.* 96. Octav. Vestrius *Pract. aula Rom. Lib. 5. Cap. 1. & seqq.* Damhuder. *Prax. civil. Cap* 22. *& 2. seqq.* Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 8. Ioan. de Arnono *Pract. Cap.* 6. Frider 2. *de Mandat. iudic.* 75. Coler. *de Process. P. 3. Cap.* 5. Contard. *in L. Diffamari Cap. 4. n. 2. & 9. seqq.* Zanger. *de Except. P. 1. Cap. 1. n.* 18. Mynf. 3. *Obs.* 70 *&* 6. *Obs.* 16. Cacheran. *Decis.* 1. *& seqq.* Iacob. Schult. *Obs. forensi* 3. qui 150. caussas percenset.

est, quo id agatur ut sententia iudicis ab omni controversia discedatur (sic enim proprie dicitur iudicium & res iudicata, cum pronunciatione iudicis imponitur finis controversiae. *L.* 1. *D. de re iud.*) in vero, inquam, & iusto iudicio ei cognitioni, quam dixi, locum non esse. Sic enim constitutionis verba sunt: *Iudices oportet rei qualitatem plena inquisitione discutere*. Ubi non dubium est, iudices intelligi debere eos, qui vere iudices sunt: id est quorum iudicium exspectetur de re controversa ad litem dirimendam. De quo iudicii genere nunc agimus.

IV. Igitur in eo, uti plenum & iustum iudicium est, sic adhibebitur plena, & iusta inquisitio seu cognitio. Si breviter dicendum est, plena tum est, & iusta cognitio seu inquisitio cum quae ad rem utriusque partis, id est, ad intentionem actoris & defensionem rei pertinent, quae quidem a litigatoribus afferantur, quaeque iudicii natura non repudiet, eorum nihil praetermittit, quin 3 audiat, cognoscatve intra tempora ad agendum caussam constituta, & simul rerum omnium, sine quibus ad haec cognoscenda perveniri non potest, facit potestatem: frustra enim iubetur consequentia admittere, nisi antecedentia concedit.

V. Iuris autem ratio dictat, pertinere ad intentionem actoris probare quod intenditur, si negetur ab adversario: tum quae contra dicuntur, refellere, ut quae ad fidem allata sunt, rata maneant. Sic enim ius est, actore non probante reum absolvi. *L. qui accusare, C. de eden.* Ad defensionem vero rei haec omnia pertinent. Primum, ut dicat secundo loco post actorem. Non est enim defensio nisi adversus ea, quae obiiciuntur. Deinde illud, quae ab actore obiecta sunt, diluere: instrumenta, aut testimonia, quae contra afferantur, refutare, si improbanda videantur. Illud praeterea cum quae contra vere intentantur, confessus fuerit, reus referre ex adverso & allegare, quod ad liberationem eius pertinet. Ut si pecuniam mutuam quae petitur, convineatur accepisse, necesse sit, si absolvi velit, hoc eum dicere, pecuniam esse solutam aut accepto latam; aut se aliter, quam ipso iure, vel per exceptionem liberatum. Quae duo posteriora si ad defensionem rei valent, necesse est illud quoque pertineat, ea quae ab actore prius dicta pro caussa, & probata sunt, ante omnia cognoscere: quandoquidem neque ea refelli a nobis possunt, quae, qualia sint, ignoramus: neque his incognitis statuere, utrum sit, quod adversus intentionem, tanquam satis confirmatam aliquid allegemus: an vero putemus nihil nobis obstare ea quae contra nos dicta sunt, tanquam nihil firmi habentia, eoque velimus ex his iudicium fieri. Postremo, quoniam ne a reo quidem quidquam dici convenit, quod ab eo non probetur, est eius probare id, quod allegat, si negetur: & si quid contra dicatur, refutare hoc quoque, & tueri intentionem. Quae si reo licent adversus intentionem actoris, quae non negetur: eadem & actori permittenda sunt, adversus exceptionem, & allegationem quamlibet quae a reo opponatur: quoniam reus in exceptione actor est. *L.* 1. *D. de exc.*

VI. Haec cum ita sint, si de officio iudicis in caussa cognoscenda quaeritur, & res recte atque ordine gerenda est, nempe is in ea re ita se geret, atque hunc ordinem, & formam servabit. Actorem, cui negabitur, quod intendit, per se dicentem audiet (actorem cum dico, quemlibet etiam patronum intelligo) instrumenta, si qua ab eo proferentur, inspiciet: si qui testes idonei producentur, eos interrogabit, eorumque cognoscet testimonia. Et sunt quidem in his evocandis interrogandisque quaedam quae proprie iudicem observare oporteat. Sed de his postea opportunius suo loco. Hoc peracto tum ad reum veniet: cui dabit respondendi, ac pro se dicendi locum. Et quoniam, ut id recte faciat in eo positum est, si ea, quae ab actore obiiciuntur, probantur, cognovit, sine quo adversus ea comparare se non potest; ante omnia huic iubebit iudex eorum fieri copiam, facietque ei contra ea, quae obiecta sunt, contra instrumenta, contra testimonia, potestatem 4 dicendi, quae velit. Quod ita faciendum esse, etiam intelligimus ex *Novella* 90. *de testi.* §. *quia vero, vers. ceterum*. tum ex his quae de refellendis testimo-

3) Iudicis ut sit mature omnia expendere, vid. Vivius *Lib.* 2. *Decis.* 375 nec praecipiti festinatione ad sententiam venire. Qua de re adi Menoch. 1. *Arb.* Q. 19. & Q. 42. Sich. & Wesenb. *ad L.* 9. *C. de iudic.* Bover. *Sing.* 21. Stratic. *Obs. Cap.* 22. Confer Raevard. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 7. Caeterum hic cum primis artis est pervestigare statum controversiae, & si plures incidant primarium dignoscere, vid. Anton. Massa. Gales. *Praxi iudiciali pag.* 50. *& sequent*, Huius neglectu, & si non principaliter attendatur, varios iudiciorum abusus promanare, valde conqueritur Nic. Vigel. *Lib. de Litis contestat.* & alibi passim.

4) Ubi de modo proponendi ius litigatorum iudicio dici posset, veluti quod in foro Saxonico viva voce proceditur, *vom Munde in die Feder*, vid. *Novell. Electoral.* 1. & 18. *P.* 1. ubi Moller. Iacob. Schult. *Obs. forensi* 1. & 41. Arumae. *Lib.* 2. *Decis.* 11. ubi hunc modum partium conventione mutari posse negat. De Recessibus, vid Ott, Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 108. *& seq.* Et hic quo-

stimoniis, infra disseruimus, sub titulo de testibus. Hoc ea lege, ut si quid adversus ea a reo dictum erit, iudex faciat actori suo ordine ea tueudi, propugnandique potestatem: alioqui non fiet ei potestas sua probandi. Non enim probavit sua nisi qui ea, quæ contra dicuntur, refutavit. Rogabit deinde iudex reum nunquid habeat, quod contra intentionem alleget, apponatque adversario ut iubet. *L. iudices*. Cuiusmodi est, pecuniam solutam esse, accepto latam esse, & similia. Quod si dicet se facere velle, admittet hic quoque eius allegationes; & si de his erit controversia, potestate eas probandi facta, probantem audiet. Quo facto rursum ad actorem se convertet, & quæ eum reo præstare debere diximus, adversus ea, quæ pro inteutione ab actore probata sunt, & acta in iudicio; eadem actori adversus exceptionem rei servabit omnia. Copia eorum quæ ad fidem exceptionis allata sunt, facta, interrogabit actorem, uunquid sit, quod ille contra probationem rei afferat; nunquid etiam, quod de exceptione confessus erit, alleget, quo se adversus exceptionem tueatur: fieri enim potest, ut fateatur actor pactum se esse cum reo ne ab eo peteret; sed dicat, se id fecisse coactum metu, aut adversarii dolo iuductum. Quod de exceptione pacti dico, idem multo magis de solutione, acceptilatione, uovatione, qua reus se tueatur, intelligendum est. Hæc, inquam, ordine pro se dicentes, & caussam agentes reos iudex audiet. Qui si potestate diceudi, probandique sibi couceffa utentur, & iudex omnia recipiet, & cognoscet, quæ ab his afferentur ad caussam, id eo usque faciet, donec ambo ultro 5 dicant se nihil adiicere velle amplius: uemo dubitabit: quin hæc demum iusta sit, & plena cognitio.

VII. Sed uon eo miuus interdum iusta & plena habenda est; etsi de re nihil probatum erit, aut iudex repudiaverit rei allegationem. Iubetur is rei qualitatem cognoscere ex his, quæ isto quem dixi, ordine dicta, probata eruut a litigatoribus: sed iis conditionibus, quas supra in definienda plena cognitione breviter sum complexus: si etiam illi videlicet se habere aliquid dicant, quod offerant, si eorum allegatio sit eiusmodi, quam iudicium admittat, si potestate dicendi, probandique facta, ea utentur intra tempus constitutum. Finge interrogatum reum dicere se, aut inficiatione sola, aut sua confutatione, sine alia allegatione, aut exceptione, esse conteutum. Non est cur iudex id expectet, cui ille renuuciare se dixerit. *arg. d. L. iudices*.

VIII. Iam vero quædam sunt allegationes, quas iudicium repudiet. Omnem defensionem, qua reus iure ipso sit liberatus, omne iudicium admittit. Admittet & exceptionem omnem, quæ initio contestata sit. Quod si non erit contestata, supra disserui, cum de litis contestatione agerem, hanc venire quidem in iudicium bonæ fidei, in iudicio stricto non item. Illud dubitari potest, an recipienda sit eius sive allegatio, sive exceptio, qui primo negavit, quod inteudebatur, puta pecuniam mutuo datam esse: postea re ab actore probata ut se tueatur, dicit pecuniam a se solutam, aut sibi accepto latam esse; denique allegat aliquid, quod si verum est, necesse sit eum absolvi. Perspicuum est enim, eum qui id alleget, fateri pecuniam sibi mutuo datam esse, quod antea negavit. Ut fortasse quis dicturus sit, hunc mendacio suo satis convinci, ac proinde excludi. Et indicat *L. exceptionem, Cod. de prob.* etiam tum, cum actor coactus probavit intentionem suam (quod non fit, uisi tunc cum reus primo inficiatione est usus,) tamen admitti exceptionem rei adversus intentionem iure civili comparatam. Quanto magis admittemus

quoque de Positionum ac Articulorum usu, qui iure ignotus, vid. *supra Lib. 23. C. 7. N. 10.* ideoque a Donello omissus, consuetudine inventus, tractandi locus non incommodus foret. Cæterum remitto ad Menoch. *Arb. C.* 251. *&* 485. Sig. Scaccia *Lib. 1. de Iud. C. 60. & Lib. 2. C. 7.* Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in causs. civil. v. Positio & v. Capitulum*. Damhuder. *Praxi civil. C. 252. & sequentib.* Octav. Vestr. *Lib. 5. Pract. aula Rom. C. 14. & seqq.* Rain. Coras. 3. *Indag.* 16. Rulant. *de Commissar. P. 3. Lib. 1. toto.* Obrecht. *de Concip. libel. C. 17.* Del Re *de Iurament. calumn. C. 14. n. 72. & sequentib.* Mull. *1. Semestr.* 22. Stiatic. *Obs. pract. C. 5.* Gail. 1. *Obs.* 79. *& 3. sequentib.* Myns. 1. *Obs.* 86. 2. *Obs.* 55. *&* 90. *&* 5. *Obs.* 54. *&* 88. *ac* 6. *Obs.* 81. 89. 92. Wurmser. *Tit.* 15. Meichsner. *Tomo 3. Decis. Cam.* 22. Meland. *Com. Cameral. Pars. 7. fol. 132. & seqq.* Natta *Tomo 1. Cons.* 30. *n. 4. sequent.* Coler. *Cons. 40. n. 44. & seqq. & 1. Decis.* 118. Guid. Papæ *Decis.* 182. Surd. *Decis.* 17. 22. 58. 196. *&* 291. Tessaur. *Decision.* 17. Positiones & Articuli ut differant, Wendelin. Hailman. *de Testibus C. 4. pag. 62. & seqq.* Scaccia *d. C. 6. n. 5 & sequent.*

5) Et ubi utrinque probationibus & allegationibus renunciatur, conclusum in caussa dicitur, *C. Pastoralis 9. de causs. possession. & proprietat.* Nec post eam novæ probationes admittuntur. Qua de re conclusionis caussæ necessitatæ, iure & effectibus, consule Menoch. 1. *Arb. Q.* 35. & 2. *Arb. C. 51. ac 2. Præsumpt. 65. & sequent.* Sigismundus Scaccia 2. *de Iud.* 12. Anton. Sola *in Constitutiones antiq. Sabaud. rubr. de Conclus. in caussa*. Afin. *Praxi iudic. §. 23.* Damhuder. *Praxi civil. Cap. 191.* Gravat. *Annotat. ad Pract. Vestrii Lib. 4. Cap. 4. lit. G.* Monach. *Pract. iudic. Part. 13.* Bovez. *Sing. 60.* Stiatic. *Obs. C.* 22. Gail. 1. *Observ.* 107. Myns. 3. *Obs.* 17. Hartm. *Obs. Tit.* 17. Wesenb. *ad auth. iubemus C. de iudic.* Rulant. *de Commissar. P. 1. Lib. 2. C. 19. & P. 3. Lib. 9. C. 13. & P. 4. Lib. 8. C. 21. &c.* Cæterum hodie in iudiciis modus allegationum partibus statutus, nec triplica aut quadruplica ulterior recipitur, ut not. *supra Lib. 22. m. 10. N. 4.*

temus eam allegationem, quæ reum ipso iure liberet? At enim apparet autem mentiri. Quid tum? fortasse enim tunc mentitus est, cum negavit se pecuniam accepisse: non etiam nunc cum se solvisse dicit. Quod an verum sit, probatio eius declarabit. Sane si verum est ipsum solvisse, non debet mendacium [6] efficere, ut damnetur, qui non debuit. Nec vero satis argumenti est reum non solvisse eo quod primo inficiari maluit, quam de mutuo confessus solutionem obiicere. Fieri enim potest, ut ideo non obiecerit, vel quod actorem improbe petentem, quod solutum erat, dignum putarit, cui inficiando negotium exhiberet: vel quod sciret, solutione opposita sibi necessitatem imponi eius probandæ: metueret autem, ne non eam posset probare. Itaque tutius putavit inficiatione insistere: ubi intelligeret [7] onus probandi conferri in adversarium. *L. 1. Cod. de prob.*

IX. Postremo quod dicitur iudicem audire, & cognoscere debere quæ a litigatoribus ad causam afferuntur: non sic dicitur, ut si differant ea dicere, & afferre, perpetuo audiri debeant: alioqui alterutro rem differente, ut libet, nunquam alter ad ius suum perveniet, eritque omnino elusorium iudicium. Tempus igitur constitutum his esse oportet, intra quod si partibus suis fungantur, audiantur: sin minus, non sit amplius his dicendi locus, ac nihilominus res perinde haberi debeat, quasi iudex rem plenissime cognovisset.

CAP.

6) Aliquando tamen hæc mendacii pœna, vid. *supra Lib.* 22 *C.* 8. *N.* 5. vers. *plane* fuse Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 19. Et in terminis diff. Cuiac. *in Novell.* 18. *Parte* 5.

7) Confer *d. Lib.* 12. *C.* 8. *N.* 1. & Iac. Schult. *Obs. forens.* 45.

Digitized by Google

C A P. V I.

De dilationibus, & ad hunc *tit. D.* & *C.*

Agendi tempus certum a Iustiniano constitutum dumtaxat in unare, & in qua & illud quale. I.
In cæteris rebus illud religioni iudicis permissum: de eo ita statui. II.
1. *Dilationem initio dari non oportere, nisi necessaria de caussa*. III.
Immo absolute denegari aliquando, & quibus in caussis. IV.
2. *Dilationis tempus iudicis æstimationi reservari: dilationem solam, quam postulat distantia locorum, præfinitam esse legibus, & quatenus*. V.
Hanc eandem posse ad brevius tempus a iudice contrahi ex caussa. VI.
3. *In dilatione plusquam semel danda pecuniarias a capitalibus caussis differre; in his dari sæpius dilationem cum reo tum actori; & ex caussa denegari*. VII. X.
Exceptio. VIII.
In pecuniariis non dari plusquam semel nisi in duabus caussis; quæ sint hæ & quales; qui eas probare debeat. IX. X.
Quando in utrisque denegetur dilatio; & quæ in allegandis caussis dilationis differentia in utrisque. XI. X.
Dilationes dari pro tribunali. XII.
Quæ adversus iudicem constituta remedia, si is in danda aut neganda dilatione iniuriam fecerit. XIII.
Quid si in loco dederit, quo non oportet. XIV.
Aditus ad Cap. seq. XV.

I. DE hoc tempore videndnm est, sitne aliquod iure in hac re constitutum, & quod sit; sin mious, & a iudice id dandum est: quæ sit in eo dandi genere potestas, & officium iudicis. Et est una in re certum constitutum a Iustiniano, quod quidem pertineat ad id, de quo nunc agimus: nempe in hac, cum una parte allegationibus suis renunciante, altera dicit se habere, quod adiiciat. Qua io specie Iustiniano placuit ei, qui id diceret, unum mensem ad eam rem dari: hoc exacto interrogari eum a iudice, nunquid proponat. Si cesset, vult Iustinianus, alterum mensem indulgeri. Si ne sic quidem intra hunc mensem quicquam litigator proponat, iubet ille mensem adiici tertiom. Hoc Iustinianus in *Novel.* 115. *ut cum de app.* §. 1. *unde auth. iubemus, C. de iud.* In quo observandum est eum certam dilationem dare sine ulla caussæ cognitione. Non enim vult ioterrogari reum, quid alleget; utrum id, quod ille fecerit, & de quo possit statim respondere, an quod fecerit alius: ut pro conditione rei, iudex aut iubeat, eum allegationes suas exponere statim, aut tempus, quod satis sit, ad eam rem præstituat: animadvertendum & illud, quod non omnibus, qui aliquid allegare velint, hoc tempus tribuit Iustinianus, sed ei, qui id faciat iam prope confecta lite: nempe tum, cum adversarius testatus fuerit, se nihil amplius adiicere. Quod qua ratione ab eo constitotum sit, cum necesse sit plerumque non necessariam esse dilationem, mihi parnm liquet. Declarat tamen Iustinianus, se superius illud constituere, improbitatis litigatoris pervincendæ caussa, & simul hoc velle ut tribus illis mensibus exactis iudex omnimodo sententiam ferat. Quod si ita accipiemus, ut velit post id tempus etiam absente litigatore sententiam ferri posse: dicemus non temere tempus superius dari: sed esse eiusmodi, quod non tam dilationis vim habeat, quam pro legitimis edictis, qnibus quis evocari solet, ut vel litigatore absente sententia ferri possit, cedat. Sed sive recte illud constitutum est a Iustiniano, sive eius constitutionis ratio parum nobis est cognita: certe una ea in re, quæ quidem ad agendam caussam pertineat, certum tempus Iustinianus dedit.

II. In cæteris omnibus eins generis ius vetus mansit, ut sive dilatio petatur, earum rerum caussa, quas quis allegare velit ante, quam altera pars renunciarit allegationibus suis; sive petatur probationum gratia, ur testium, vel instrumentorum: in his res omois committatur æstimationi, & moderationi iudicis: sci-

fcilicet pro ut res quæque eiſe videbitur, ita ille ad rem gerendam [1] aut det, aut deneget dilationem. Et recte ita ius de his rebus conſtitutum eſt. Cum enim cauſſæ ſint ut numero infinitæ; ita varietate factorum, & probationum genere longe diſſimiles, in quibus res quædam minorem dilationem deſiderent, aliæ ne deſiderent quidem: abſurdum ſit omnino in rebus tam diſparibus eandem dilationem omnibus præſtituere litigatoribus. Sed res, ut dixi, ita iudici, commiſſa: ſed non ut ei liberum de ea re ſtatuendi arbitrium concedatur, ſed ut iubeatur, pro conditione rei dilationem dare [2] cauſſa cognita. *L. oratione*, *D. de dilat. L. 1. L. a procedente*, *C. eod.* Quo conſtituto quæſitum eſt in eo de poteſtate & officio iudicis. Sunt autem hæc fere de eo, quæ quærantur: an poſtulanti ſemper dilatio danda ſit: ſi danda, quantam conveniat dari: Semel data an ſæpius poſtulari poſſit. Quæ datur, quo loco danda ſit. Poſtremo in dilatione plurium dierum quos dies numerari oporteat. De quibus quid fieri placeat, conſideremus.

III. Et ſi de danda ab initio dilatione agitur, primum hoc ſtatuatur nunquam eſſe dandam, nisi neceſſitas rei gerendæ hoc exigat, ut detur. *L. 1. C. eod.* Quid enim, si interrogetur quis de facto aut contractu ſuo? Non tam iniquum, quam ſtultum ſit dilationem ad reſpondendum dare ei, qui ſtatim, & liquido poſſit reſpondere. Quod ſi neceſſaria erit ad rem gerendam dilatio, ut ſi fingas de facto alieno nos interrogari, in facto noſtro teſtibus vel inſtrumentis ad fidem opus eſſe: ita plane ſemper dabitur, nisi quid nominatim ius prohibeat, *d. L. 1.*

IV. Ac duabus in cauſſis etiam neceſſariam poſtulanti dilationem denegari iure animadverto. Una eſt cauſſa, cum quis reſcriptum ad extraordinarium iudicem reportavit. Sic enim verba ſunt Conſtantini in *L. ſi quando*, C. eod. *Si quando quis reſcriptum ad extraordinarium iudicem reportaverit, dilatio ei penitus deneganda eſt.* Quod ſic interpretandum eſt, ut ſi quis defugiendæ iuriſdictionis cauſſa, cui iure communi ſubiectus erat, reſcriptum impetraverit a principe, quo ſibi liceret revocare ad alium iudicem, non audiatur in iure, si reſcriptum obiiciens, id ſtatim non edat; quantumvis id ſe alibi habere dicat, & dilationem poſtulet ad id proferendum, quia dilatio ad eam rem denegetur. Hoc ideo quia merito ei obiici poteſt, cur ſi habebat reſcriptum eiuſmodi aliquod, quale dicit, id ſecum non attulerit eo tempore, quo primum de eo reſcripto ſibi controverſiam fore intelligeret, cum & poſſet id afferre, & vero deberet, ſi adverſarium nollet fruſtrari: quæ culpa eo minus adiuvanda eſt, quia admittatur in ea re, quæ contra ius poſtuletur. Cum in hac culpa cauſſam denegandæ illius dilationis Conſtantinus eſſe intelligeret, ita ſubiecit: ***Illi autem, qui in iudicium vocatur, danda eſt ad improbanda precum mendacia vel proferenda aliqua inſtrumenta, vel teſtes: quoniam inſtructus eſſe non potuit, qui præter ſpem in alienum iudicium trahitur.*** Altera in ſpecie denegatur dilatio, quanvis ad fidem neceſſaria, quoties videlicet intra certum tempus lege conſtitutum datur actio, & actor prope finem eius temporis agens dilationem poſtulat, quæ tempus legitimum excedat. Conſtitutum & hoc a Conſtantino in *L. petendæ*, *C. de temp. in integ. reſtit.* Obſervetur autem, cui ille in hac re deneget dilationem, & quamobrem. Denegat actori,

1) Prolixus hic forem, in brevitate licet ſolita, rerum numeroſitate, ſi, quos conſignatos habeo auctores ; non alios autem habeo niſi quos evolvi : ex iis quæ ad hanc materiam declarandum faciunt, referre vellem. Id libri modus cum non patiatur, locos auctorum indicabo Plurium ſine, verum non alia ratione, quam ut commodis diverſorum lectorum inſerviam, ut cui aliqui, ceu fit, non ſuppetunt, ad alios recurrat. Ex profeſſo iuxta ius antiquum Pollet. 4. *Hiſt. fori* 15 Duar. *Com. ad h. t.* iuxta hodiernum fori uſum, Rebuff. *Tomo 3. in Conſtit. Reg. Tr. de Dilationib.* Sich *ad Rubr. & LL. C. h. t.* Gilken. *ad eandem rubr.* ut & Wes. ſed preſſius Dimhuder. *Prax. civ. Cap.* 114 *& ſeqq.* (alios Practicarum auctores prætereo Lanc. Conrad. *de Off. prat in cauſſ. civ. v. dilatio:* ſed hic minus plene; exactius & plenius Sig Scaccia 2. *de iudic.* 3. *&* 4 Præter hos ſparſim Menoch. *Arb. C.* 52. *& Recup poſſeſſ. Remed.* 15. *n.* 323. *& ſeqq.* Mythesian *Sing.* 17. & idem *ad L. 2. Cod. Quom. & quand. iudex* Bovet. *Singul.* 10. Corſet. *Sing* 78. Vaiq 2 *Contr. uſu freq* 27. Tiraq *Tr. Cessante cauſſa P. 1. n.* 76. *& ſeqq* Parlad. 3. *Rer Quotid C. fin. P.* 5. §. 10 Trentac. *Lib* 2 *Pract Reſol. Tit de Dilationibus* (non enim materiam methodice pertractat.) Lanccll. *de Attent. P.* 2. *C.* 7. Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 7. *& ſeqq. & C.* 28. Migon. *Cynoſura advocat. P.* 2. *C.* 10. Iacob. Omphal. *Lib.* 5 *de Uſurpat. legum. C.* 4. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect iuriſd. n.* 157. *& ſeqq.* Blarc. *in L. diffamar. Cap.* 6. *n.* 113. *& ſeqq. & Cap.* 8. Aſin *ioris mox ...ratis lis.* 8. Wendelin. Hallman. *de Teſtib. C.* 3 *p.* 43. *& ſeqq.* Stiatic. *Obſerv. pract. Cap.* 7. Gail. 1. *Obſerv.* 91. Mynſ. 1. *Obſ.* 71. *& ſeq.* Hart. Hartm. *Lib.* 2. *Obſ. Tit.* 12. Afflict. *Deciſ.* 50. Boer. *Deciſ.* 294 Peguera. *Deciſ.* 160. *&* 180. Henning Goden. *Conſ.* 44. Rauch. *P.* 2. *Q.* 24. *n.* 35. *& ſeq* Gravat. *ad Veſtr. Pract. Lib.* 5. *C.* 4. *littera D & C* 9 *littera* 8. Et ad uſum fori Saxonici vid *Nov. Elect.* 26. *P.* 1. ibi Moller. *auctores Diff. iur. civ & Sax. P* 1. *Diff.* 6. *& Diff.* 35. *& ſeq.* Colcr. *Dec.* 121. Iac Schult *Obſer. forenſ* 28.

2) Vid. Gilken *ad Rubr. C. hoc tit. n.* 4. *& ſeqq.* ubi quæ in hac cognitione verſentur, Sich. *ad L. 1. C. h. t.* & alii. Nec facile concedendæ dilationes ex officio iudicis niſi partes petant, per *L.* 1. verbis: *poſtulatam dare C h. t. L* 2. *C. Ut intra cert. tempus*, vid Ioan. Bapt. Aſin. *de Exſecut* §. 3. *C.* 12. *ac Cap.* 169. *& ſeq. & C.* 175. *ac ſeq. & C.* 213.

Digitized by Google

ri, addita nominatim hac ratione, quia in eius arbitrio fuerit tunc litem inferre, cum petitæ dilationis mora spacio legitimo superstite posset includi. Cui consequens fuit, ut hanc postulanti reo concederet, cui nihil tale potest obiici. Quod & fecit Constantinus: ait igitur, *Quod si defensor dilationis suffragium postulaverit, eandem afferta caussa citra obstaculum temporis deferri sancimus: quia nequaquam steterat in eius potestate, quando litigio pulsaretur. Dari igitur debet, etsi impetrata dimensio sese ultra temporis definitionem proferat*. Sed illud notandum est, quod subiicit, etsi alias petenti actori dilatio denegetur: tamen cum in hac reus hanc impetravit, etiam actorem in requirendis probationibus illa suo iure uti posse. Sunt ista quidem a Constantino constituta de restitutione in integrum: sed cum in aliis actionibus, quæ intra certum tempus dantur, sint omnia in eo, de quo agitur, similia, rationes plane eædem: dubitari non debet, quin ad eas quoque omne ius superius pertineat.

V. Videamus iam, quæ dilatio danda est, quantam esse oporteat. Et necessitas rei gerendæ modum dilationi facit. Petitur enim hac gratia dilatio, ut sit tempus, intra quod rem transigere liceat. Nempe ergo tanta dabitur, quanta ad rem expediendam, quæ occurrit, sit satis: nihil amplius. *d. L.* 1. tantummodo ut ne dilatio tempus ad actionem movendam constitutum excedat; de quo modo dictum est. Hæc autem, quanto tempore ad rem expediendam sit opus, iudici æstimandum permittitur: præterquam cum distantia locorum dilationi locum facit: quo in genere spatium certum definitum est constitutionibus, quod pro varietate locorum observetur. Extat constitutio Imperatorum in *d. L.* 1. *C. eod.* qua cavetur, si ex ea provincia, in qua agitur, vel persona vel instrumenta poscentur, non amplius, quam tres menses indulgeantur. Si vero ex continentibus provinciis, sex menses: in transmarina dilatione, ut novem observentur.

VI. Sed animadvertendum puto, hoc spatium ita esse superiore lege constitutum, ut id quidem iudici excedere non liceat: cæterum non esse eiusmodi, quo brevius a iudice statui non possit, si locorum propinquitas aliud desiderabit. Quid enim, si ex eadem provincia ita petentur testes, aut instrumenta, ut tamen petantur in eadem urbe, ubi agitur, aut ex finitimis locis? an tres menses dabimus ad testes producendos, instrumentaque proferenda itidem, ut dantur, cum ab extrema provincia eadem ista poscentur? Neque hoc æquum est, & fieri prohibet eadem constitutio, quæ in extremo vult ita tribui dilationem, si necessitas desideratæ instructionis exegerit. Quid sex menses? an istos quoque dabimus ei, qui instrumenta, aut testes requirat ex continenti provincia, si ea provincia non longe aberit, aut erit etiam in confinio eius loci, in quo agitur? Repugnat & hic sententia constitutionis. Itemque de transmarinis locis dicendum est, ut moderamen, de quo supra dictum est, in remotissimis locis observetur: in proximis autem, aut non multum remotis, non item.

VII. Quod si dilatione semel data, quæ satis esset ab initio, iterum alia postuletur, vel, quod idem est, petatur, ut prorogetur dilatio. (Id enim erat tertium, de quo in hoc genere quæri diximus) non idem hic servatur quod tunc, cum de dilatione ab initio danda agitur: alias namque sine alia nova caussa datur dilatio sæpius, quasi priores dilationes non suffecerint. Alias non datur quidem sine caussa: sed in hac caussa æstimanda aliud spectamus, quam necessitatem eius prorogandæ. Principio hic separantur pecuniariæ caussæ a capitalibus ita, ut in illis sæpius dilatio sine caussa non detur: in his dari possit sæpius: de quo ita Paulus in *L. ult. D.* de fer. & dil. *In pecuniariis*, inquit, *caussis omnibus dilatio singulis caussis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo* 3 *tres dilationes, accusatori duæ dari possunt. Sed utrumque caussa cognita*. Differentiæ ratio in reis minus est obscura. Humanitas enim postulat, ut in capitalibus caussis agatur mitius; propter periculum capitis videlicet, quod his imminet. In actoribus est difficilior ad explicandum. Cur enim favetur etiam accusatoribus in capitali caussa, cum dici soleat res odiosas, cuiusmodi est accusatio, non esse adiuvandas? *L. cum quidam, D. de lib. & post.* Sed hæc caussa est, quod in accusatione publica non tam habeatur accusatoris ratio, quam publicæ utilitatis. Pertinet enim ad exemplum, utilitatemque publicam, delicta nocentium & detegi & coerceri. *L. ita vulneratus, D. ad leg. Aquil. L. eum, qui nocentem, D. de iniur.* adiicit Paulus, sed utrumque caussa cognita: quod hanc sen-

3) Plus enim merito reo indulgetur, vid. *supra Lib.* 17. C. 22. N. 25.

ſententiam habet: Utrumque ſuperius, quod dixerat, ita verum eſſe, ut tamen in eo cognoſcere debeat iudex, qualis res & cauſſa ſit, de qua agitur, & ex eo æſtimare, an ſemper ita fieri debeat, non aliter: quod & oratione Marci Imperatoris expreſſum eſt, ut refertur in *L. oratione*, *D. de fer.* In capitalibus contra poſſe plures denegari, tam reo, quam accuſatori: & hoc rurſum, ſi cauſſa ſit, cur denegentur: quam iuſtam cauſſam in utroque cauſſarum genere incidere poſſe innuit. Cæterum cauſſa nulla interveniente, cur ſecus debeat fieri, quam prius definiverat, in ea definitione manere oportere.

VIII. A qua tamen ſciamus adulterii crimen excipi. De quo idem Paulus ita ſcribit in *L. in crimine*, *D. ad leg. Iuliam* de adul. ***In crimine adulterii nulla danda dilatio eſt: niſi ut perſonæ exhibeantur, aut iudex qualitate negotii motus hoc cauſſa cognita permiſerit.*** Nimirum in hoc crimine non hoc tantum ſed & alia pleraque ſingularia pro utilitate communi recepta eſſe conſtat: argumento eſt inter cætera *L. tranſigere*, *C. de tranſact.*

IX. Nunc quæ hic cauſſæ ſint, quæ contra, quam Paulus ſupra definierat, fieri ſuadeant, cognoſcamus. Et cur in pecuniariis cauſſis iterum dilatio dari debeat, duæ ſunt, ut opinor, 4 cauſſæ. Una, ſi dicatur per eum, cui tempus datum erat, non ſtetiſſe, quominus per id tempus peragerет illud, cuius gratia dilatio iterum poſtulatur: ſed aut caſum, aut ignorantiam ei obſtitiſſe. Caſus eſt, ſi proficiſcentem ad teſtes quærendos, vel inſtrumenta, aut inde redeuntem vel valetudo, vel tempeſtas, vel vis hoſtium, latronorumve impedivit: hi caſus omnes, & ſi qui ſunt ſimiles, iuſtam habent excuſationem, *L. 2. §. ſi quis in iudicio*, *D. ſi quis cautio*. *L. ſi quis*, in fin. & *L. ſeq. D. de eden.* In quo numero haberi debet is caſus, quem ponit Calliſtratus in *L. interdum*, *D. de iudic.* ſi is, penes quem erant inſtrumenta, poſtea Reipublicæ cauſſa abeſſe cœperit, vel cum abeſſet in initio, diutius abfuerit, quam ut ſufficeret dilatio, quæ primo ad eum exſpectandum data eſt. Obſtat autem iuſta ignorantia ſucceſſori, ne dilatione data utatur, cum ea data eſt domino litis, qui decedens rem reliquit ei, qui aut quid actum eſſet, aut in iudicio inſtituto, num quænam dilatio data eſſet, ignoravit. ***Illud videndum***, inquit, Ulpianus, ***ſi defunctus aliquam dilationem acceperit propter inſtrumenta, an ſucceſſori quoque eius dari debeat: an vero quia iam data eſt, amplius dari non poſſit. Et magis eſt, ut hic cauſſa cognita dari debeat:*** hoc ille in *d. L. oratione*. Cauſſa dandi, quam intelligit, ea eſt ignorantia, quam dixi. Quæ ſemper in heredibus eſſe exiſtimatur, quamdiu nihil contra doceatur. *L. qui in alterius*, *D. de reg. iur.* Altera cauſſa dilationem proferri ſuadet ex perſona litigantium: quam & ipſam poſuit Calliſtratus eodem loco, id eſt in *L. interdum*, *D. de iud.* Ait interdum ex certis perſonis ſuſtineri cognitiones: & id explicans, ex reſcripto quodam divorum fratrum, verba hæc reſcripti ſubiicit. ***Humanum eſt propter fortuitos caſus dilationem accipi:*** veluti cum pater litigator, Filium, vel Filiam, vel uxor virum, vel filius parentem 5 amiſit. In quo Imperatorem arbitror iuſti doloris rationem habuiſſe, qui quominus de rebus noſtris ſerio cogitare poſſimus, obeſſe cenſuerit. Ut ſi exemplum ad certam præceptionem conferatur, intelligatur Calliſtratus hoc dicere, etiam tum, cum nulla naturæ neceſſitas cogit rem differri, tamen humanitatis cauſſa ex perſona litigatorum ſuſtinendas eſſe cognitiones, quoties dilatione data iuſtus dolor poſtea incidens non patiatur eos animo ſedato de cauſſa cogitare. In quo erit iudicis, eo uſque differre cognitionem, donec videbitur dolor remitti poſſe. Puto autem ſolam hanc cauſſam non ſufficere, ut detur dilatio in ea re, in qua per rerum naturam non ſit dilatio neceſſaria; quid enim obſtet litigatori, quominus dicat, aut reſpondeat, quod dicere & reſpondere poteſt in præſen-

4) Non niſi urgentiſſima ratio flagitaverit *L. 1. in ſ. C. h. t.* Hinc tradunt dilationem probatoriam omnem peremptoriam eſſe, etſi in aſſignatione non adiecta verba: & *peremptorie*, Petr. de Ravenna *Sing.* 131. Gail. 1. *Obſ.* 91. *n.* 2. Scaccia fuſe 2. *de Iud.* 3. *n.* 21. *& ſeqq.* Enimvero ut ſtatus noſtrorum iudiciorum ſe habet, non iniuria conqueritur Vigel. *Paradox.* 9. *poſt Dialect. iuris*, & Obrecht. *de Iuram. cal. C.* 10. *n.* 34. hoc pragmaticis hodie paradoxon eſſe, cum ſæpe 20. & plures dilationes dari ſoleant, non tantum ad probandum, ſed & ad excipiendum, replicandum &c. idque ex cauſſis leviſſimis. Unde iuſtæ de protelatione litium querelæ. Cui quibus modis occurri poſſit A. Fab. *lib.* 9. C. *ſui t.* 22. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *tota*, ſed & dilationum materiam amputandam eſſe cenſet, Scaccia *d. C.* 3. *n.* 49. Gail. *d. Obſ.* 91. *n.* 2. Etſi non convenire videantur quæ, ead. *Obſ. n.* 7. ubi nunquam ſe meminiſſe ſcribit 2. vel 3. dilationem in Camera negatam fuiſſe. Nec plures ſolum dilationes receptæ, ſed & earundem prorogationes. Quæ tamen ante lapſum terminum peti debent, vid. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq* 24. *n.* 9. *& ſeqq.* Licet in ultimo momento prioris temporis prorogatio fieri poſſit, ut ante lapſum illius facta dicatur Tiraq. *de Retr. convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 41. etſi id in tempus noctis incidat, *ibid. n.* 42.

5) Aut ſi horum aliquis in graviorem morbum delapſus cuius curationem negligere periculoſum. Qua de re ſcite Ian. Langlæ. 1. *Semeſtr.* 2. *P.* 18. *& ſeq.*

fentia? Dicendum eſt igitur, huic ſolum tunc locum eſſe, cum res natura dilationem poſtulat, ita ut huic quoque neceſſitati ſuperior caſus adiungatur. Unde eveniet, ut hic caſus accedens facere dicatur, non ut ſimpliciter detur dilatio, ſed ut quæ dari debuit, detur amplior.

X. Has cauſſas poſtulandæ iterum dilationis certum eſt, ab eo afferri, qui dilationem poſtulet; quo fit, ut cum dicet in eo ita, aut ita rem ſe habere, id quoque probare debeat, iuxta regulam iuris. *L. 2. D. de prob.*

XI. Cur vero in capitalibus cauſſis plures dilationes non dentur, una cauſſa eſt, ſi dicatur eius, qui plures poſtulet, culpa factum eſſe, quominus intra præfinitum tempus, quod ſatis erat, rem perfecerit. Sic enim ſtatuendum eſt, omnium cauſſarum tam capitalium, quam pecuniariarum commune hoc eſſe debere, ut qui dilationem in his iterum poſtulat, non audiatur, ſi per eum ſteterit, quominus conſtituto tempore, quod ſatis eſſet, uteretur: ſcilicet ut ubique ei negligentia aut etiam contumacia ſua noceat. Cur enim impune illuſerit iudici, aut cur eius factum noceat adverſario? quorum utrumque ut iniquum leges repudiant. *L. ſi prætor, D. de iud. L. factum D. de reg. iur.* Sed hoc intereſt, quod in capitalibus cauſſis, ut reus, vel accuſator plures dilationes impetret, nihil cauſſæ affert, de qua dubitetur. Quapropter nec ullum onus probandi in eo ſuſtinet. Solus eſt adverſarius, qui culpam ei obiicit, ne iterum dilationem accipiat. Hanc culpam cum dicat interveniſſe, ipſe eſt, qui probare debeat. Quod utrumque in pecuniariis cauſſis contra ſe habere diximus.

XII. Illud, quod erat quartum, ex iis quæ dicta ſunt ſua ſponte intelligitur: cum enim certi iuris ſint, quæcunque deſiderant cauſſæ cognitionem, ea niſi pro tribunali expediri non poſſe. *L. 3. §. ſi cauſſa, D. de bon. poſſ.* perſpicuum eſt dilationem omnem, quæ cauſſa cognita danda eſt, non de plano loco, neque a procedente iudice recte dari; ſed pro tribunali duntaxat: quod & cautum eſt in *L. a procedente, C. de dilat.* adiecta nominatim ſuperiore ratione, cur alibi dari non debeat.

XIII. Sed cum hæc iudicem dicamus præſtare oportere, quid fiet, ſi contra, quam ille iubetur, aut dilationem denegabit, ubi ea opus eſt, aut dabit, ubi non eſt opus? item ſi eo loco horum alterutrum faciet, ubi non oportet? non temere eſt, quod in hoc loco quærendum putemus. Non enim ſic iſta exiguntur, ut ſi iudex contra fecerit, ſit impune. Alioqui fruſtra exigerentur: atque etiam, quod ius de his conſtitutum eſt, ius non erit. Rurſum ſi remedium quærimus, non facile occurrit, quomodo iure adverſus hanc iniuriam litigatoribus conſulatur. Primum, nullam hic pœnam adverſus eum, qui contra faciat, proprie conſtitutam eſſe videmus. Tum autem quæ ordinaria remedia ſunt ad iniuriam iudicis prohibendam, ea nos hic deficiunt. Sententiam iudicis iniuſtam, ſi contra leges nominatim lata ſit, ipſo iure nullius momenti eſſe dicimus: ex quo evenit, ut ei remota etiam appellatione impune non pareatur: ſi ea aperte contra leges lata non ſit, valet illa quidem ipſo iure: ſed ita, ut ab ea poſſit appellari, quo iniquitas ſententiæ a ſuperiore iudice corrigatur. Nihil horum valet adverſus interlocutionem iudicis de dilatione danda, aut deneganda. Etenim ſi contra ius nominatim dilationem dederit iudex, aut denegaverit: (finge dediſſe ſex aut novem menſes nominatim ad quærendos teſtes, aut inſtrumenta, quæ ſunt in eadem provincia: aut in capitali cauſſa reo denegaviſſe plures dilationes, cum ita diceret, cum ſit reus improbus, & capitalis cauſſa, ideo ſe illi plures denegare) nihil hic proficiemus, ſi dixerimus id iure pro non dicto haberi; nihilominus enim iudex, quod dixit, invitis omnibus, exſequi poteſt: cuius eſt in poteſtate perſeverare in iniuria, quam facere cœperit, vel quæſtionem ſtatim dirimendo ubi dilationem denegavit, vel cognitionem ſuſtinendo, ubi dilationem dedit. Si in dilatione danda, denegandave nihil aperte contra ſua fecit, ſed tantum contra ius litigatoris, poſſet hæc iniuria appellatione corrigi; ſi quidem ab ea interlocutione appellaretur. Nunc autem iure Romano non eſt, niſi adverſus ſententiam prodita appellatio. *L. 2. D. de app. rec. vel non.* adverſus interlocutionem de dilatione non eſſe conſtat, *arg. L. a procedente*, in fin. *C. de dilation.* Id iuſtis de cauſſis: de quo ſuo loco dicetur. Quid ergo fiet? Dicendum eſt, ſi iudex dilationem iniuſte denegarit, iniuriam hanc ante ſententiam ulcari non poſſe; ſed poſt ſententiam ita poſſe corrigi, ut ſi ea denegatio cauſſæ damnum attulit, dum per eam efficitur, ut litigator intentionis ſuæ fidem implere non poſſit, iure a ſententia iudicis appelletur. Hoc amplius & ſi appellatum non erit, ordinarium in eo remedium proditum eſt adverſus iudicem, qui

male

male iudicavit, ut teneatur actione in factum in tantam pecuniam, quanta iudicanti æqua videbitur. *L. ult. D. de extr. cognit.* Quod si iudex aut dilationem dedit, ubi opus non est, aut dedit largiorem iusto, facit quidem is non recte, neque ex officio, quanvis in eo nihil peccet amplius, quam quod cognitionem differat non necessario: sed tamen videtur esse impune, nisi aut per dilationem frustratoriam efficiatur, ut tempus ad iudicia exercenda constitutum exeat, aut damni aliquid per caussam iniustæ dilationis adversarius sentiat. Veluti, si inter moras res petita perierit, vel corrupta sit, & ob id sententia iudicis reus sit absolutus. Quorum in altero pœna nominatim constituta est in *L. properandum*, *§. sin aut utraque*, *C. de iud.* In altero non minus quam supra a sententia appellari potest, aut adversus iudicem agi: non enim is iuste iudicavit.

XIV. Sane si in loco tantum dandæ dilationis peccavit iudex, dum eam alibi, quam pro tribunali, vel dat vel denegat, aliud quiddam dici potest. Si enim dilationem denegavit procedens: quoniam in eo aperte contra ius fecit: perinde habebitur dilatio, quasi nec denegata esset. *arg. L. non dubium*, *C. de legi.* cui consequens est, ut litigatore caussam non exsequente, quanquam iudex sententiam postea dixerit, ea tanquam caussa non cognita, lata, nullius momenti habeatur. *L. ex stipulatione*, *C. de sent. & int.* ut consequens sit & illud, ad eam sententiam rescindendam ne appellatione quidem opus esse. Quod si iudex dilationem alio loco dedit, quoniam & hæc pro non data est, eveniet ut si ab eo, qui accepit, dilatio contempta fuerit, possit is & aliam pro tribunali petere: quæ si ei denegetur, non aliter de ea iudicandum sit, quam si dilatio ab initio denegaretur.

XV. Restat, ut data dilatione sciamus, quos dies velit ius in ea numerari, de quo brevissimum est, quod constituit Constantinus in *L.* 3. *C.* de dilat. *Feriæ autem*, inquit, *sive repentinæ sint*, *sive solemnes*, *dilationum temporibus non excipiantur*, *sed his* [6] *connumerentur*.

CAP.

6) Et ita terminus probatorios continuus. Nisi tot essent feriæ, quæ totam vel maiorem partem dilationis absorberent, Ioseph. Comia. *Practica Syndicatus C.* 13. *n.* 9. *&* 10. Ioan. Monac. *Pract. Iudic. P.* 5. *§.* 1. *C.* 2. *n.* 10. *& seq.* Confer. Gail. 1. *Obs.* 140. *n.* 4. *&* 2. *seqq.* Num autem dies termini computatur in terminum? Vid. hinc inde Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 1. *Gl.* 11 *n.* 27. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 103. *Vol.* 1. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. h. T. Resol.* 1. Contard. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 90. *& seqq.* Gœd. *ad L.* 133. *de V. S. n.* 2. (ubi pro affirmativa plures LL. adducit) P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. C.* 18. Mynf. 5. *Obs.* 15. qui negativam communem ac in Camera receptam vocat, Otto Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 99. quem adi. Ceterum more Romano dies a media nocte incipit &c. *L. more* 8. *D. h. t.* Ad cuius explicationem vid. Cuiac. 15. *Obs.* 32. Alciat. 10. *Parerg.* 3. Robert. 1. *Sent.* 1. Pollet. *Lib.* 1. *Hist fori C.* 9. Leonin 5. *Emend.* 3. Alb. Gentil. *de Diu. temp. appell. C.* 5. Gœd. *ad L.* 2. *§.* 1. *de V. S.* Confer. Galæott. Martius *de Doctrina promiscua C.* 37. Cornel. Vitell. *de Dierum mensiumque observatione* (*Parte* 1. *Thesauri Critici*) Eryc. Putean. *Genial. sermon. pag* 23. *& seqq.* Alex. Picolhomin *Lib.* 3. *Sphara C.* 8 Rationes varias refert Plutarch. *Problem. Roman. C.* 84. Inepte vero Nicol. Carboo. *Lib* 3. *Practica C* 4. *n.* 46. eam esse putat, quod media nocte Salvator natus sit.

CAP. VII.

De Feriis.

Feriæ dilationibus affines; quatenus ab illis differant. I.

Ferias ad temporalium præscriptionum genus pertinere; ideoque huius loci etiam proprias. II.

Has a solo principe constitui; extraordinarias esse, seu temporales; & solemnes sive perpetuas. III.

Tempora feriarum solemnium certa esse oportere. Eorum genera quatuor, & quæ sint. IV.

Festorum dierum feriæ quid permittant aut vetent: an valeat, quod contra ea actum fuerit. V.

Dies principis natalitios eodem iure haberi ac festos dies. VI.

Ferias messium & vindemiarum, item nundinarum cessare adversus volentes; servari adversus invitos. VII.

Nec tamen in caussis fisci, & liberalibus, & in perituris rebus servari messium & vindemiarum ferias. VIII.

Feriæ nundinarum quas caussas, & personas afficiant. IX.

I. UT de feriis hoc loco agerem, minus fortasse idonee, dilationum, de quibus proximo capite differui, & feriarum summa similitudo ac prope cognatio suasit: sunt enim feriæ dilationis quædam species. Per ferias enim iudicia & iura omnia differuntur. *L. omnes dies, C. h. tit.* Sed dilationes proprie appellamus, cum singulæ lites differuntur, ut supra demonstratum est. Utræque eam vim habent, ne interim dum feriarum aut dilationum tempora durant, iudicio agatur: sed illæ, ne ullo iudicio agatur; hæ, ne agatur isto, in quo concessæ dilationes sunt. Differunt autem, quod quidem ad rationem ordinis atque instituti nostri pertinet: quod dilationum usus omnis post litem contestatam esse soleat: tunc enim dilationes primum a iudice litigatoribus dantur, cum iudicium iam est constitutum: quod fit litis contestatione. Quare de dilationibus commodissimo & maxime suo loco egimus, postquam de litis contestatione expofueramus, & prima caussæ cognitione, in quam vix ingressus iudex dilationes concedit litigatoribus ad suum ius allegandum ac demonstrandum. Feriæ contra, ne lis ulla contestetur, efficiunt; imo [1] ne in ius reus vocetur, ne [2] edatur actio: quæ duo litis contestationem præcedunt: pertinentque feriæ potius ad [3] præscriptionum illud genus, quibus actorem repellimus ne nobiscum agat, ut præscriptio fori, ac similes.

II. Tales a tempore præscriptiones quatuor ex caussis sive generibus sumi reperio, quarum una est hæc de qua nunc agimus, feriarum. Aut enim convenit, ne

1) Sane si ad diem feriatum, ut eo veniat, quis citetur, etsi citatio emissa die non feriato quin contumax non fiat, expeditius est *L. 2. in fin. Si in ius voc. non ier.* Ac si feriæ facræ, ipso iure non valet citatio, sin aliæ, tenetur eo die comparere citatus, sed procedi nequit nisi die sequente, Coler *ad Cap. 2.* iunct. *C. dilecti* 8. *extra de Except. n.* 32. Quanvis Gail. 1. *Observat.* 53. *n.* 2. distinguit ut tunc iure nulla sit, cum ipsa citatione nominatus est dies festus, exempli gratia, dominicus, secus si dies citationis in eum incidat, ubi sequenti die procedendum. Et quod sequenti die venire teneatur, tradit Boer. *Decis.* 235. *n.* 3. Quin & eo ipso die festo ut veniat iuberi possit addito, ut sequente die procedatur, Rulant. *de Commissar. Parte* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 21. Ex usu autem apponi solet clausula si is incidat in feriatum sequente die, Gail. *d. Obs.* 53. *n.* 2. Coler. & Aulaut. *d. loc.* Ex usu omnium Curiarum Galliæ Citationem talem valere, sed diem prorogari, P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 23. Et quod a Principe citatus feriato die venire debeat, cum feriæ sint Iuris civilis, cui Princeps derogare possit, Chassanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 42. Quod intellige de non inductis ipso iure divino. Plura de his pete ex Mathesilan. *ad L.* 4. *C. Quom. & quan. ind. n.* 3. *&* 5. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. *n.* 13. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 13. *n.* 7. Maranta *P.* 6. *Tit. de Citat. n.* 119. *& seqq.* Io. de Arnono *Pract. C.* 16 *& seqq.* Io. Pels *Process. Tit.* 12. *n.* 66. *& seqq.* Rosbach. *Diss. iur. civ. & Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. *n.* 1. *&* 2. Nam autem die feriato decerni possit, item num infinuari vel exsequi, minus convenit. Utrumque ceu communius, affirmat Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 5. *& seqq.* quia & actus citationis extraiudicialis, & executio facti sit, caussæ cognitionem non requirens. Ac quod exsequi liceat etiam die feriato in honorem Dei, Vestr. *Lib.* 4. *Pract. C.* 3. *n.* 6. Sed contrariam communem vocat Gravat. *in Annot. ibid. n.* 13. vid. Tiraq. *de Retr. lignag. ad fin. tit. n.* 79. *&* 2. *seqq.* Certe quoad dies festos negative iure verior, per tex. *L. ult. §.* 1. ibi: *cunctis exsecutionibus*, & ibi: *nulla admonitio*, & ibi: *præconis &c. C. h. t.* Quid quod nec Iudæi Sabbatis aliisque festivitatibus suis in ius vocantur *L.* 2. *L.* 13. *C. de Iudic. L. ult. C. Th. h. tit. de feriis*, Photius *Nomocan. Lib.* 7. *C.* 4. Nec iisdem Christianos ipsi vocant *dd. LL.* Baptista de S. Blasio *Tract. Correlativorum G.* 3. *n.* 4.

2) Quod in feriis ad honorem Dei admittit Maranta *Parte* 6. *Membr.* 3. *de Libel. n.* 19. *&* 2. *seqq.* ac ibi Foller. in aliis secus, per *L.* 11. *§.* 6. *ad L. Iul. de adult.* vid. Bover. *Sing.* 10. *n.* 12. Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 14. Ayrer. *Process. P.* 1. *C* 5. *Obs.* 6. *n.* 16.

3) Opponi tamen potest hæc exceptio etiam post litem contestatam, Wurmser. *Tit.* 11. *Observ.* 2. Quin etsi non opposita, acta tamen nulla in feriis quæ publicam caussam habent, Wesenbec. *ad Rubr. C. h. t. n.* 40. vid. *infra Lib. X.*

ne quod debetur, interim peteretur: unde exceptio pacti conventi adversus agentem, exceptio, dilatio. *Instit. de excep.* differt enim iudicium, dummodo de ea constet, nec probari opus sit, ut alibi dictum. Aut est dilatio iure constituta: puta ei, qui in ius vocatus est. Hæc vero una data est omnibus ad deliberandum prius, quam cogantur in ius venire, aut respondere adversario, nempe viginti dies: de quo supra etiam a me expositum est. *lib.* 23. *C.* 2. Aut aliud iudicium cœptum est, cuius hæc est conditio, ut eo nondum peracto id institui non possit, quod nunc intenditur. Quo pertinet etiam in iure Pontificio Titulus de ordine cognitionum, post titulos de Dilationibus ac de Feriis collocatus. Aut denique eo tempore, quo experiri quis vult, iustitium est; id est feriæ, & a iure iudicioque publico vacatio. De quibus nunc agam propter affinitatem, quam supra dixi, dilationum; quaque factum est, ut in Digestis unus esset de feriis & dilationibus titulus, in Codice post titulum de dilationibus continuo subiiceretur titulus de Feriis: ut hæc tractatio non fuerit temere a nobis disiungenda: quod pari ratione observavimus in Edicto de Edendo, ut monui supra *lib.* 23. *Cap.* 7.

III. Ferias, idest publicam vel a negotiis omnibus, vel a litigando & iudiciis [4] remissionem dies quidam habent: hi videlicet, per quos sint a principe constitutæ feriæ. A principe, inquam, huic enim soli licet hodie ferias condere, præterea nemini; ne si Iudex quidem sit, aut magistratus, [5] *L. a nullo, C. de fer.* Quibus diebus sint constitutæ, videndum est. Et sunt feriarum [6] quædam extraordinariæ, & temporales; quædam solemnes & perpetuæ. Temporales sunt, quæ pro [7] re nata temporis tantum caussa indicuntur a principe, extra consuetum ordinem, & morem videlicet: veluti [8] ob rem a principe proprie gestam, vel in honorem prin-

4) Quieti dies a iudiciis civilibus, Cuiac. *Par. D. h. t.* vel vacui ab actibus iudicialibus, ut Vult. 2. *Iurispr.* 30. *n.* 40. Unde Plaut. *in Casina Prologo* Alcedonia circa forum vocat. Græci ἀπράκτους καὶ ἀργὰς ἡμέρας Cuiac. *de Div. temp. præscript. C.* 3 Accuratius definit, ac descriptionem Cuiacii suggillat; quod regulariter solum vera sit, non perpetuo, Alberic. Gentil. *de Divers. temp. appell. C. ult.* ubi vide. Dictæ a feriendis hostiis, Fest. *Lib.* 6. Wes. *Par. h. n.* 2. *& ad h. t. C. n.* 2. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 1. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 51. Omnes autem dies præter feriatos iuridici *L.* 7. *pr. C h t.* Qui & vocantur communes *L.* 2. *C. de statuis & imag.* iudiciarii Capitolin. *in Antonino* Pollet. 1. *Hist. fori* 9. dies sessionum *L.* 2. §. 1. *Quis ordo in bo. poss.* Cuiac. *d. C.* 3. Rævard *Protrib. C.* 1. Olim dies fasti, quibus oppositi Nefasti. Quo de vid. Ovid. 1 *Fast.* Macrob. 1. *Saturn.* 16. Turneb. 30. *Adv.* 35. Coras. 3. *Miscel.* 58. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. & 9. Ant. Aug. *de LL. C.* 9. Wes. *ad h. t. C. n.* 4 Briss. 4. *Antiq.* 20. & *Lib.* 5. *Form. pag.* 416. Ioach. Perion. *Lib.* 3. *de Rom. & Græc. magistrat. p.* 422. Brodæ. 3. *Misc.* 17. *P.* 2. *Thes. Critici Gruteri.* In Palatio Apostolico tribus solum hebdomadæ diebus ius reddi, nempe Lunæ, Mercurii & Veneris, scribit Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 597. Et iure Saxonico 3. dies, Iovis, Veneris, & Saturni vacationem habere, ex *Lib.* 2. *Art.* 66. monet Zobel. *Parte* 1. *Diff.* 4. *num.* 1.

5) Sed *d. L.* 4. quia de Imperialibus feriis loquitur, & ita de honorariis, quod Donello hic 2. genus, de iis, item repentinis, intelligendam volunt Pac. 1. *Enant.* Q. 82. Bus 6. *Sel. t.* 15. *n.* 5. Peguera *Dec.* 53. *n.* 1. Quas ipsas tamen olim Prætores & Consules pro arbitrio potestatis indicebant, ut Macrob. 1. *Saturn.* 16. Suet. *in Claudio*, vid. Rævard. 5. *Var.* 19. Perion *d. Lib.* 3. *p.* 388 P. Greg. *Com. in Synt. art. mirab. Lib.* 4 *C.* 66. *p.* 830 Quin Wes. *Par. h. t. n.* 4 indictionem solum adimi *d L.* 4. iudicibus pedaneis & municipalibus magistratibus non autem maioribus. Cui tamen & verba & mens ac ratio *d. L.* 4 resistunt. Plane etsi generaliter accipias *d. L.* 4. tamen ei non contraria *L.* 4. *D. h. t. L.* 7. *pr. de off. proconf.* Aliud enim condere ferias *d. L.* 4. *C. h.* id est de novo indicere, sive ordinarias quæ in posterum valituræ, sive repentinas. Aliud iam ante lege vel a Principe institutas moderari, ut *d L* 4 *D h. t.* Ubi Præses non efficit, ut messiom sint feriæ, sed prout usus regionis eius fert, tempus illis constituit, quando incipere aut finiri debeant, Wes. *d. n.* 4 A Fab. *ad d L* 4 Enimvero & ab inferioribus magistratibus statutæ feriæ intra fines territorii sui valebunt, Wes. *d. n.* 4. & *ad Rub. C. h t. n* 15. Rosbach. *Pro ess. Tit.* 38. *n.* 7 Nam & olim privatæ ac familiarum propriæ feriæ fuerunt, Macrob. 1. *Saturn.* 16. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 8.

6) Et ita Wesenb. *Par. h. n.* 3. Ayrer. *Processf. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 1. Rosbach. *Processf. Tit.* 38. *n.* 3. Sibrand. Siccama *Lib.* 2. *de Iud. Centumv. C.* 1. Tametsi autem aliis prior partitio in divinas & humanas, seu sacras ad honorem Dei, ac profanas in utilitatem hominum institutas, atque has in ordinarias & extraordinarias subdividunt Zas. *in Par. D. h. tit. n.* 1. Duaren. *ad h. tit. D. Cap.* 1. Monach. *Pract. P.* 5 §. 2. *n.* 5. & 6. add. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *pag.* 60. Commodius tamen illa in repentinas & solemnes prior partitio statuitur, (ut hæ in sacras & profanas deinde dividantur;) Tum quia ea in ipsis LL. habetur *d. L.* 26. §. 7. *Quibus ex causs. mai. L.* 3. *de dilationib.* tum quia maior fere inter eas oppositio quoad præsentem materiam, tum quia & feriæ extra ordinem in honorem Dei indici possunt ad gratias ei agendas, vel iram eius placandam, ut dies supplicationum & precationum. Macrob. 1. *Saturn.* 16. feriarum publicarum 4. genera refert, Stativas, Conceptivas, Imperativas & Nundinas, vid. Perion. *Lib.* 3. *de Roman. & Græc. magistrat. pag.* 387. & *seqq.* Pollet. 1. *Hist. fori* 8. Petr. Gregor. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. & *seqq.*

7) Unde dicuntur repentinæ *L.* 3. *C. de dilationib.* Wesenbec. *Parat h. n* 3 Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 5. Speck. *Cent.* 1. Q. 61. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. quia repentino aliquo casu indicuntur & ex numero dierum iuridicorum & communium eximuntur. Unde Pollet. eas exemptos ac exhæresimos vocari posse censet. Hæ imperativæ vocantur a Macrobio 1. *Saturn.* 16. Petr. Greg. *Com. in Syntax. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag* 830. & Imperiales in *L* 4. *C. h. t.* Siccama *Lib.* 2. *de Iudic. Centumv. C.* 1. & laudati *h. C. N.* 5. *initio.*

8) *L.* 1. *C. h. t.* Exempla pete ex *L.* 1. *C. Publ. lætitiæ & Consulum Lib.* 12. *tit. ult.* Alia referunt Pollet. 1. *Hist. fori* 8. Annæ. Robert. 4. *Rer. iudic.* 15. *pag.* 909. & *seq* ac Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 12. Sed & ob calamitates publicas, ad placandas Deorum iras indici solebant. Quale Novendiale sacrum, quoties lapidibus pluerent, Rob. *d. C.* 15. *pag.* 910. Sicuti hodieque ieiunia & solemnes processiones decerni a Pontificiis Præsulibus solent vid. Robert. *d. loc.* & Pollet. *d. C.* 8. *pag.* 65. Sane A. Gell. 2. *Noct.* 28. Romanos, ubi terram movisse senserant, edicto ferias imperasse narrat. Idque sedulo observasse Claudium, refert Sueton. *in eius Vita.* Qua & ex caussa supplicationibus vacatum sub Theodosio II. Petr. Gregor. 35. *Syntag. art. mirab.* 34. Luctus quoque publicus viri illustris, ac præ cæteris meriti caussa indicendi iustitii, ut ex Tacito 1. *Annal.* ubi de morte Germanici, Lucano *Lib.* 2. Liv. *Lib.* 9. & 10. probant Io. Kirchman. *Lib.* 4. *de Funerib. C.* 11. & Ioan. Meurs. *de Funere C.* 50. Quibus adde Sidon. Apollin. *Lib.* 2. *Epistol.* 8. *decessit non absque iustitio.* Et ita inscriptio antiqua, quæ in magno Inscri-

Digitized by Google

principis: 9 solemnes & perpetuæ sunt, quæ ob caussas quæ sunt perpetuæ, ita constituuntur ab initio, ut velit princeps eas per eadem tempora perpetuo recurrere sine ulla nova principis constitutione. Quæ feriarum distinctio significatur ab Ulpiano in *L. sed etsi, §. si feriæ, D. ex quib. cauf. maior.* Qui dies ferias habeant extraordinarias, nullo certo iure continetur: ac nec potest. Pendet enim res ex occasionibus rerum, & sola principis voluntate, non solum quando incipiant; sed etiam quando repetantur: ut de iis nihil aliud dici possit, nisi in his voluntatem principis ubique esse expectandam.

IV. Feriarum autem solemnium & perpetuarum dies certos, & certa tempora non solum in præsentia, sed etiam in futurum esse oportet. Alioqui quando recurrerent, non intelligeremus. Itaque & hæc tempora certo iure constituta sunt: proinde quæ sint, ex eo iure dicendum est: sunt vero eorum temporum, in quibus placet, solemnes esse ferias, genera quatuor. Primum genus est 10 dierum festorum, ut honori tantum Dei dedicatorum. In quo numero quos placeat dies esse, comprehensum est his constitutionibus, *L. 2. L. omnes dies, L. ult. C. de fer.* Et habentur etiam inter hos dies illi 11 quadraginta, qui antecedunt diem Paschæ, quod ad criminalium duntaxat quæstionum cognitionem attinet. Nam hæc per illos dies inhibetur. *L. quadraginta, C. eod.* Proximum huic genus est eorum dierum, qui ad memoriam alicuius facti celebrandam sunt destinati. In quo genere placebat Romanis esse dies natalicios 12 urbis Romæ, & Constantinopolis; item ipsius Imperatoris: item eum, quo imperator imperium erat adeptus: de quibus 13 cautum est in *d. L. omnes dies, & L. ult.* illic, *etiamsi, C. eod.* Tertium est messium & 14 vindemiarum. *L. 1. D. eod.* Qui-

Inscriptionum antiquarum opere a Iano Grutero edito, auspiciis Iosephi Scaligeri & Marci Velseri *pag.* 493. *Mortem eius iustitio omnes luxerunt.* Quo respicit Prudent. *Cathemerinon. Hymno* 5. de Pharaonis exercitu demerso:

Ipsos & proceres & vaga corpora.
Nigrorum videas nare satellitum
Atris iustitium *triste tyrannica.*

Harum autem feriarum impedimentum iusta caussa restitutionis in integrum, per *d. L.* 26. §. 7. vid. Odd. *de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 14 *Art.* 3. *n* 25. ubi *n.* 28. idem etsi incidant in diem ultimam dilationis, nisi ut *n.* 30. facile prævideri potuerint, ut si multis ante diebus promulgatæ. Confer Robert. 4. *Rer. Iudic* 15.

9) Solemnes hæ, quia anniversariæ. Alias & solemne quod ita constitutum ut servari oporteat. Sic solemnia in iudiciis *L. pen. de in int. restit.* munera *L.* 2. *D. de Veteran.* stipendia *L.* 7 *Cod de s. instrum.* non quæ quotannis præstantur, sed quæ præstari necesse est. Donell. *ad d. L.* 7. *n.* 10. *& seq.* Vulgo DD. referente Wesenbecio *Par n.* 3. solemnes solum vocant dies festos, & ab indictis seu rusticis secernunt, ut & Damhuder *Prax. civ.* C. 119. Ioan Pels *Process. Tit.* 12 *n.* 78. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 3. *&* 4. Sed in *d. L.* 26. §. 7. *& L.* 3. *C. de dilat.* solemnes sunt omnes præter repentinas & extraordinarias. Et alias quoque solemne pro ordinario usurpatur.

10) Add. C. *ult. extr. h. tit. Novell. Manuelis Comneni* 2. Photius *Nomocanon. Tit.* 7. *Cap* 1. P. Greg 2 *Synt.* 16. *n* 5. *&* 6 Covar 4 *Var. Resol.* 19. Sciccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 128. *& seqq.* Qui hodie recepti sint & in Camera attendantur, vid Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. C. 9. *n* 2. Suenmam. *Lib.* 1 *Observ. Process. Cam.* C. 25. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 5. Ioan. Pels *Process. T.* 12. *n* 78 Vult 2 *Iurispr.* 30. *n.* 46 De stativis feriis Hebræorum, P Greg 2. *Synt.* 16 *n.* 5 Veterum Romanorum, vid. Macrob. 1. *Saturn.* 16 Ioach. Perion. *de Rom & Græcorum magistrat. Lib.* 3. *pag* 396 *& seqq.* & citati a Tessauro *Decis.* 39. De festis Christianorum pariterque Iudæorum & Paganorum Matth. Dress. *Lib. de Festis diebus.* Stativis veterum Romanorum. . . similia nostra festa immobilia; Conceptivis mobilia, ut Pascha, Pentecoste &c. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16 *n.* 6. *&* 7 Dresser *de Fest. diebus pag.* 4. Festi vero dicti a festivitate & lætitia, Non. Marcell. *de Propriet. sermon.* Petr. Greg *Com in Syntax. art. mirab. Lib* 4 *C.* 60. *pag.* 827. Quippe non tantum ad devotionem, sed & ad hilaritatem instituebantur, tanquam necessarium laboribus temperamentum, Seneca *Lib.* 2. *de Tranquil animi.* Robert. 4. *Rer. iudic.* 15 *pag.* 909. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16 *n.* 1. Oppositi professis ad administrandam rem privatam publicamque concessis, Macrob. *d. loc.* Qui latius parent nefastis, sicuti festorum strictior acceptio quam feriarum, Wesenbec. *ad h. t. C. n* 3. Sed & apud Romanos dies quidem erant intercisi, sacris & humanis actibus distinctis horis communes. Quibus post operam sacris datam demum litibus vacare licebat, vid. Macrob. *d. loc.* Robert. *d. C.* 15. *pag* 915. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *n.* 2. Quibus hodie affines dies rogationum, & supplicationum semiferiati, ut iidem & Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 116. Festi dies quomodo Iuris divini vel humani, quinam a Deo ipso, qui ab Ecclesia instituti, vid. Covar. 4. *Var. Resol.* 19. Sabbati sann origo prima ab ipso Deo *Genes.* 2. v. 3. *Exod* 20. vers. 8. *& seqq &c.* Covar. *d. C.* 19 *n.* 1. *&* 2. Eius tamen loco in gloriam resurrectionis Dies Solis, seu dominicus suffectus, Conrad. Heresbach. *Epit. Iurispr. Christiana Edicto IV. Præcept p.* 89. *& seq.* Eum statum diem, quo ante lucem conveniant Christiani vocat Plin. *ad Traian. Epist* 97. ubi Rittersbus. Quo minus utique licere debet quam feriis ad Divorum memoriam indictis, vid Covar. *d. C.* 19. *n.* 6. Parlador. 2. *Rer. Quotid* C *fin. p.* 5. § 4. Cuiac. *ad C.* 1. *&* 2. *extr. h. t* Chassanæ. *Catol. gloria mundi P.* 12. *Consid.* 42 Pacian. *Cons* 130. Briss *ad L dominico C. Th. de spectaculis.* De septenario dierum numero & nominibus & unde ea, vid. Ian. Parrhas. *Epist.* 63.

11) *Leg. pen. C. h.* vid Cuiac. *de Divers. temp. præscript. C.* 31. Quod consuetudine non servari Wesenb. *ad Rubr. C. h. tit. n.* 20. Nec his operas serviles vetari, Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 115.

12) Nasci enim dicuntur urbes dum conduntur, Petr. Fab. 1. *Semestr* 9. *pag.* 56. Quem de his Natalitiis festis, vide, ut & Quintil Mandos. *in Annal. Casib. n.* 21. *& seqq.* Confer. Petr. Fab. 1. *Semestr.* 6. *pag.* 36.

13) Martial. *Lib.* 10. *Epigramm.*

Natalem colimus, tacete lites,

Plinius *Lib.* 10. *Epist. ad Traian. Diem, Domine, quo servasti Imperium, dum suscipis, quanta meruit lætitia celebravimus &c.* De qua festivitate pluribus Ambrosius *Sermone* 15. relatus a Rævar 3 *Conject.* 4 videatur & Petr. Greg 2. *Synt.* 16 *n.* 7. Mandos *d loc.* Cæterum ad repentinas ferias natalem huc referunt Pollet. 1. *Hist fori* 8. *n.* 14. Tessaur. *Decis.* 39 *n* 5 Speckhan. *Cent* 1. *Q.* 61. *n* 6 Plane Manuel Comnenus *Imp Orientis Nov. sua* 2. §. 5. sanxit ne dies Natalis suus, neve is quo creatus est feriati sint, nec in illis inducias indicia habeant. Sicuti nec hodie in usu sunt, Wes. *ad L.* 7. *C. h. t n.* 4. Festa autem Sanctorum fere celebrantur non die natali, sed eo quo mortui, quia illo renati ad gloriam, Corset. *Sing.* 155. Covar. 4. *Var. Resol* 19. *n.* 9.

14) Agell 16. *Noct.* 4. etsi ibi pro feriæ vindemiales, feriæ denicales reponat Briss. *ad L. dominico C. Theod. de spe-*

Digitized by Google

Quibus temporibus ferias constitui, ut esset otium, & tempus ad fructus colligendos publica utilitas, & rei necessitas suasit. Præceps est enim eorum temporum opportunitas ac sine fraude, & periculo fructuum ea vel tantillum prætermitti non potest. His feriis duo menses constituti: nempe singulis [15] unus, & aliquot dies amplius. *L. omnes dies, C. eod.* Utriusque mensis initium & modus definitus in *L. 2. C. eod.* ita tamen, ut si quid aliud pro vetere consuetudine in aliquo loco observetur, sit prædidis his de rebus ex consuetudine statuere. *L. 4. D. eod.* Quartum genus est nundinarum, seu publicorum mercatuum: qui modo auctoritate [16] principis exerceantur. His constitutione Valentis, & Valentiniani, quæ extat sub titulo, *de nundin. & mercat. C.* hoc datum est, ne nundinarum tempore in eo loco, in quo exercentur, quisquam eorum possit conveniri, qui [17] aliunde in eum locum venerint, nundinarum, ut apparet, caussa; quo magis frequententur. Id enim fiet, cum, qui ad nundinas ire velint, scient, per caussam nundinarum, & adventus sui nihil sibi molestiæ, aut moræ ad ibi consistendum creatum iri.

V. His generibus cognitis, videndum, quam suprascriptæ feriæ dent a iudiciis & foro vacationem; de quo nunc quærimus. Dierum festorum hæc est conditio, ut siquid faciat ad concordiam, & lites consensu dirimendas; id per eos dies recte

de spectac. p. 241.) Minut. Felix *in Octavio*. Sane & ad vindemiam feriæ iudiciariam curam relaxaverant, vid. Renit. Choppin *de Privil. rust. Lib 2. P. 1. C. 7.* Has alii rusticas nuncupant, Damhuder. *Prax. civ. C. 119. n. 9.* Io Pels *Process. Tit. 12. n* 83. Wes. *Par, h. n. 3.* P. Greg. *2. Synt. 16. n. 8.* & indictas Speckhan. *Cent. 1. Q. 61. n. 4.* Iisdem locus etiam in ijs regionibus, in quibus nullæ vitea, ut eo tempore sibi de vino commodius prospiciant, post Innoc & alios in *C. conquestus ult. ext. h. t.* Catellan. Cotta *in Memoralib. v. Feria*. Nisi vinum ibi bibi non soleat, ut restringit Scaccia *2. de Iudic. 5. n. 146.* Idem in feriis Cerealibus, ut teneant etiam, ubi frumentum non nascitur, ut eo tempore aliunde perquirant, Scaccia *d. lo. n. 145.* Quare etsi post Bart. *in L. 1 C. de agric. & censit. Lib 11.* quidam censuerint, militibus, advocatis, clericis aliisque circa rem rusticam occupari non solitis has ferias non prodesse. Contraria tamen opinio communis, Scaccia *2. de iudic. 5. n. 147. & seqq.* Wesenbec. *Par. h t. n. 7 & ad Rub. Cod. h. t. n. 30.* Tessaur *Decis. 39. n. 10.* Speckhan. *Cent. 1. Q. 62.* Christoph. Wintzler *Addit. ad Process.* Ioan. Pels *Tit. 12. n. 86.* Quippe si fundos aut vindemias possident operariis suis intendant oportet. Si non possident, ipsis vacantibus, eorum Procuratores, testes, aliique quorum opera in ea caussa necessaria forte est, occupari possunt. Ad hæc probi patrisfamilias est, eo tempore, quo fere annona remissior, frugibus vinoque coemptis cellam penuariam instruere, vid. Scaccia *d. loc.* Denique non tantum ob fructus hæ indictæ, sed & ad requiem laborum & ob fervores æstivos *L. 7 C. h. t.* Wesenbec. *d. n. 30.* His quidem accensent ferias sementinas quibus frumenta sulcis mandantur, post Collat. *ad L. 1. h. tit n. 9.* Ilico Ummius *Disp. Process. 7. n. 14 in fin.* Quæ iuria tamen opinio auctoritate carent. Aliæque fuisse videntur illæ de quibus Ovid. *1. Fastor.* non longe a fine.

Ter quater evolvi signantes tempora Fastos,
Nec sementina est ulla reperta dies,

& quæ sequuntur. Quibus indicat ferias eas non annales quidem, sit conceptivas fuisse.

15) Sed quid est quod *L 2. C. h. t.* certum statumque tempus messibus & vindemiis tribuit, ut *ibi*. Ast ut *L. 4. D h t* id præsidibus ex consuetudine cuiusque loci statui: siane hæ feriæ stativæ & conceptivæ? Et sunt qui adulterinam esse *d L. 2.* statuunt, Alciat. 6 *Parerg. 9.* (1 ex collatione, quia cum Theodosium præ se ferat auctorem, non debuit præponi *L. seq 3. & 4.* quæ sunt Constantini qui prius regnavit. (2) Phrasis nimis barbara *irritator* pro ratum non habetur (3 In antiquis codicibus non habetur. Unde nec Accursius quidquam glossematis adiecit, ita Alciat et Wesenbec. *Parat. h. t. n. 6 ac ad d L. 2* qui a Gothicis Regibus, Tholosanis & Hispanis, quorum cœlo id tempus magis convenit, inventam statuit. Ac probant Bas. *ad L 4. D h t. n 3.* Speckhan. *Cent 1. Q 61. n. 4* Christoph Wenzler. *Addit. Process* Ioan Pels *T 12 n. 84* idemque monuit Contr. ut not. Goth. *in d* 2. ac Cujac *de Div. temp. præscript C. 13.* Nec alienus Briss. *ad L. dominico Cod. Lib. de spectac. pag. 442.* quia nec in veteribus libris, in Codice Theodosiano habeatur, Pollet. *1. Hist. fori 8. pag. 62. & seqq.* Theodosium *d. L. 2.* vim rerum naturæ intulisse, eadem ubique ab ea eodem tempore exigendo, cum aliæ regiones aliud ingenium soli habeant, nec omnis eadem tellure, pari ubertate & velocitate progenerentur Alb. Gentil. *de Divers. temp. appel. C. ult. pag. 156.* ea provinciarum Imperii crebriore usu non inepte definita esse tempora, *d. L. 2.* ne hic Iudicis arbitrium exquirere oporteret, Iurisconsultos & hic alibi multa iudicantibus relinquere; Imperatores non adeo multa. Hoc modo cum adhuc antilogia relinquatur, dicere malo *d. L. 2.* rescriptam esse ad preces consultoris. Qui incola fortassis Syriæ, Phœniciæ, alteriusve regionis, cuius cœlo soloque id tempus conveniebat. Vereor enim ut plerisque provinciis ditionis tunc Romanæ æque id fuerit conveniens. Quin & Ægyptus ac meridionaliores citerius tempus exegerunt. Nec puto in agro Tholosano, seu Gallia Narbonensi mense Iunio messem incipere, cum de Roma sua, quæ meridionalior, testetur Scaccia *2. de Iud. 5. n. 184.* ferias eas incipere post 8. diem Iulii atque ita 16. diebus tardius quam *d. L. 2.* statutum. Denique ex *d. L. 4.* colligi potest licere dominis ditionum subditis suis uvæ colligendæ usu interdicere ante diem ab eis indictam. Quod & apud suos ius esse testatur Choppin. *supra d. C. 7. pag. 107.* & in hoc districto servari videmus. Enimvero has ferias pene ubique terrarum exolevisse, scribit Parlad. *2. Rer. Quotid. C. fin. P. 5. §. 4. n. 11* Et quod non serventur in regno Siciliæ & Neap. Maranta *P. 4. Distinct. iudic. 9. n. 19. & Dist. 16. n. 85.* Scaccia *2. de Iudic. 5. n. 177.* nec apud Gallos, Choppin. *d. C. 7. sub fin.* Quodque non attendantur in Curia Principis, ut qui peregre eo adventant, citius expediantur, Wurmser. *Tit. 11. Obs. 3.* Parlador. *d. loc.* vid Asin *Praxi §. 3. C. 7. n. 5.* In Rota autem Romana sic, vid. Scaccia *d. C. 5. n. 185.* Ordinatione Cameræ *Parte 3. tit. 33.* iustitium est a die 8. Iulii usque ad 14. Augusti, forte ob æstivos fervores. Præter quos nullos ea hac caussa dies nefastos putat Ilico Ummius *Disp Process. 7. n. 34.*

16) Vel veterum indulto *d. L. un.* id est, longa consuetudine, nempe decennii arg. *L. 2. D. eod.* quia & decennio usus amittitur. Obiic. *L. 3. C. de divers. rescript.* resp. Vide Padilla *ad d. L. 2. n. 3.* qui varias solutiones refert. Recte autem Nundinæ feriis accensentur. Quia ita olim, Macrob *1. Saturn. 16 ut supra N. 7. in fin.* Et ita Anton. Aug. *de LL. C. 9.* Alb. Gentil *de Div. temp. appell. C. ult. pag. 154.* P. Greg. *2. Synt. 16. n. 3. & n. 9.* Diss. Tessaur. *Decis. 39. n. 9.*

17) Accedit *Nov. Elect. Sax. 30. P. 1.* qua nulla arresta iis concedi debere cavetur. Cui tamen privilegio renunciari posse, etsi contra videri queat, quod publica hic utilitas, ratione commerciorum vertatur, ex rescripto Elect. Augusti probat Moller. *ibid n. 7. & 1. Semestr. 12. n. 2.* Sane pro debitis antea contractis quosvis securos esse in nundinis expeditius est, post alios Coler. *de Process. P. 2. C. 3. n. 156.* Secus esse si in ipsis nundinis contractum, P. Peck. *de iure sist C. 7.* Quod iuri quidem consonum putat, ast in ditionibus Elect. Sax. non obtinere, Moller. *d C. 12. n. 4.* Plura de nundinis pete ex Peck. *d. C. 7.* Moller. *d. C. 12. & ad d. Nov. Sax. 30.* Cuiac. *de Div. temp.*

Digitized by Google

ἀte geratur. Itaque & transactiones & pacta his diebus interposita [18] rata sunt. *L. ult. C. de fer.* Est enim etiam diebus non feriatis boni iudicis suadere litigatoribus concordiam, & transactione potius rem terminare, quam iudicio. *L. ex stipulatione, C. de sentent. & interlocut. C. querelam, extr. de simon.* Licet & per eos dies emancipare, ac manumittere: quia [19] utrumque beneficii est, & liberalitatis. *L. 2. C. eod.* Reliquæ vero caussæ, vel lites ita quiescere iubentur, ut si quid per eos dies lege actum sit, placeat [20] omnibus modis esse irritum, ut cautum est in *d. L. 2.* Quod cum his verbis caveatur; apparet nec si quid quanvis volentibus litigatoribus actum aut iudicatum fuerit, id ratum esse habendum. Exceperunt Honorius, & Theodosius, si quid adversus latrones quæreretur. In quos omnibus diebus inquiri posse vel per tormenta [21] voluerunt: *cum*, inquiunt, *facillime*

temp. praescript. C. 26. Tessaur. *Decis.* 264. Sichard. *ad L. un. C. de Nund.* Robert. 2. *Rer. iud.* 16. Francisc. Pfeil. *Consil* 181.

18) Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 13. Gail. 1. *Observ.* 53. *n.* 10. vid Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 20 *& seq.*

19) Hæc vera ratio. Et hæc duo solum excepta *d. L. 2. & L. 8 C. h. t.* Non autem ea ratio est, quia sunt voluntariæ iurisdictionis, ut plerique, idem hinc statuentes in adoptione, tutoris vel curatoris datione &c. vid. Maranta *P. 4. Dist. ind* 16 *n* 86. Scaccia 2. *de iudic.* 5. *n.* 96. *& seqq.* Ubi *n.* 104. *&* 2. *seqq.* idem statuit in decreto super alienatione rei minoris, quia nec hic exercetur contentiosa iurisdictio, tametsi contraria sit communis. Oblationem quoque retractus seu actum extraiudicialem valere, Tiraq. *de Retr. lignag ad fin. t. n.* 78. Et quicunque actus caussæ cognitionem non requirunt. Unde & testes, qui antea iuraverunt; his quoque feriis recte examinari, post Gu. Pap *Q.* 215. Menoch. 1. *Arb. Q.* 30. *n.* 11. *& seq.* ac ex eo Peguera *Decis.* 53. *n.* 12. ac probat Wendelin. Hailman *de Testib. C.* 4. *p. m.* 53. (quia, ait, non est actus iuridicialis, sed seorsim & secreto loco fit) Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Observ* 6. *n.* 23. Scaccia 2. *de iudic.* 5. *n.* 73. & pluribus Rulant. *de Comm. sar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. Ubi *n* 16. testes etiam cogi posse ut deponant. Sed contra Tessaur. *Decis.* 93. *n.* 3. Ant. Fab. *Cod suo h. t. defin.* 2. *n.* 7. Et recte opinor regulariter. Ubi enim necessitas urget, qua valetudinarii testes &c. admitto ob exceptionem generalem, de qua *h. C N.* 27. Et appellationem interponi, Scaecia *d. loc. n.* 92. Ayrer. *d. Obs.* 6. *n.* 14. Confessionem recipi Scaccia *d. C.* 5. *n.* 76. Instrumenta quoque a Notariis confici posse, ea commune Scaccia *d. C.* 5. *n.* 108. ut tamen iuramentum in eo adpositum non valeat. Fideiussionem tamen feriis exigi & recipi non posse, nisi quæ necessitatis vel pietatis ratio id suadeat, Ant. Hering *de Fideiuss C.* 22. ubi vide. Nec contractus alios quam quibus a litibus receditur celebrari, per *L. h. t.* Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 13. & Peguera *Decis.* 53. *n.* 4. ac Wesenb. *ad l. ult. C. h. t. n.* 2. ubi mercatorum tabernas claudi debere, Facit *Nehemia* 13. v. 16. *& seq.* Nec iuramentum nisi pro pace vel alia necessitate *C.* 1. *h. t. C. decrevit* 17. *C.* 22. *Quæst.* 5.

20) *L. ult. C. h. t. L.* 4. *Cod Quom. & quan. ind. C. ult. extr. h. t.* Vid. Maranta *P* 4 *Dist. ind.* 16. *n* 81. *& seqq.* Peguera *Decis.* 53 *n.* 3. *&* 4. A. Fab. *C. suo h. t. defnit.* 1. Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 17. *& seqq.* Etsi coram arbitro agatur *L.* 7. *C. h. L.* 36. *de rec. arb.* vel iudice qui arbitrio suo procedit, Pegu. *d. loc. n.* 4. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 1. Qui aliud statuit, ut *ibid. n.* 17. in arbitratore ut amicabili compositore, cum instar ibi transactionis fit, & Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 23. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 3. vid. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 20. *& seq.* Etsi caussæ summariæ, Scaccia *d. loc. n* 23. hinc tamen plures eximens, ut *h. C. N.* 21. Nec executio valet, sive ex sententia, sive ex instrumento liquido vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 91. *& n.* 135. Pariador. 2. *Rerum Quotid. C. fin. P.* 5. §. 4. Rob 4. *Rer. ind.* 15. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3 Peguera *Decis.* 53. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 95. *n.* 1. Vant. *de Nullit. sent. ex defect. iurisdict. n.* 131. Pignora tamen eu hac caussa capi posse, post Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arbitr. Q.* 30. *n.* 16. vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 93. *& seq.* Proscriptionem autem, seu præconizationem, ut vocant, fundi venalis die feriato fieri posse, quod actus sit voluntariæ iurisdictionis, Ægid. Magister *Decis. in Tr. de Bon. proscript. C.* 15. Contrarium venus *L. ult. Cod. h. t* ibi *praconio horrida vox silescat*, ubi not. Goth. His iisdem cunctarum artium officia quiescant *L.* 3. *C. h. t.* Et cessandum ab omni opere servili. *Exodi* 12. v. 16. *Levit* 23. vers 3 *n* 15. v. 32. *&c.* vid. *C. licet* 3. *C. ult extr. h. tit* Scaccia 2. *de iudic.* 5 *n.* 112. *& seqq.* Rebuff *Privileg. schol.* 1 *n.* 3. add. Dominic. Soto *Lib.* 2 *de Iust. & iure Q.* 4. Quin & Ethnicorum sacerdotes ferias pollui credebant, si in eis aliquid opus fieret. Unde ne quid tale ageretur per præconem nunciabatur,. vid. Macrob 1. *Saturn* 16. Robert. 4. *Rer. ind.* 15. *pag.* 913. Petr. Gregor. *Com. Synt. Art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 827. *& seq.* Veteri Alamannorum lege *Tit.* 39. §. 1. (edidit Ioan. Basil. Heroldus) *opera servilia die dominico faciens servus fustibus vapulet, liber corripiatur usque ad tertiam vicem: & si post tertiam vicem in hoc vitio correptus tertiam partem hereditatis perdat.* Aliæ pœnæ libro legis Boioariorum *C.* 9. *tit. unico*, etiam rustica, regulariter Tibull. *Lib.* 1. *Eleg.* 2.

Luce sacra requiescat humus, requiescat arator, &c.

vid. *Nov. Leonis* 54. Secus necessitate imminente. Sic intelligenda *L* 3 *Codice hoc titulo Synops. Basil. Lib.* 7. *tit.* 17. *C* 9 *C. licet* 3. *extr. eod.* Scaceia *d. loc. n.* 117. Sicuti & ea necessitate operæ quædam serviles excusantur, veluti ad cibos parandos, chirurgorum, pharmacopolarum, & aliæ plures, de quibus Dominic. Soto. *Lib.* 2. *de Iust. & iure Q.* 4 Licet Iudæi fere a talibus adhuc præcise abdineant, vid. P. Greg *d. C* 66. *p.* 828. *& seq. &* 2. *Synt.* 16. *n.* 16. Sic Scævola olim consultus quid feriis agi liceret, respondit, quod prætermissum noceret, Macrob. 1, *Saturn.* 16 Virgil. 1. *Georgic.*

Quippe etiam festis quædam exercere diebus
Fas & iura sinunt, rivos deducere nulla
Religio vetuit, &c.

Itemque ab obscœnis voluptatibus, & scenicis spectaculis *L. ult. Cod. h. tit. Cap. irreligiosa* 2. *de consecrat. distinct.* 3. vid. Wes *ad d L. ult. n.* 3. *& seq.* Vacandum cultui divino *Exodi* 12 v. 14. *Levit.* 23 v. 3. *&* 8. *&c* Esaiæ. 56. *& C.* 58 v. 13. *Act.* 13. v. 28. *&* 44. *& similib. plurib.* Opera danda operibus piis *d. Corinth.* 16. v. 2. Abiiciendæ comessationes & ebrietates, Petr Greg. 2. *Synt.* 16. *num.* 27. Etsi, ut mores sunt, multi festo die sua prodigunt ut profesto egere liceat, iuxta illud Plauti *Aulular. Act* 2. *Sc.* 9. Licita vero iis opera non servilia, quæ non præcipue ad lucrum seu commodum tendunt, vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 119. *& seqq.* Sed & his diebus peragenda quæ ad disciplinam militarem pertinent *L. pen. D. h. t* vid Georg. Acat. Enenkel. 2. *de Privileg. milit.* 3. Et studiis operam navare licet, vid. Rebuff. *Privileg. Schol.* 8. Horat. Luc. *Priv. Schol.* 49. Nicol. Intrigliol. *de Feud. Q.* 99. Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 121. *& seqq.* Speck. *Cont.* 3 *Class.* 1. *Q.* 11. *n.* 25 Confer. Dominic. Soto. *Lib.* 2. *de Iust. & iure Q.* 4. Venari an liceat, vid. Pruckman *de Regalib.* §. *venatio C.* 5. Sebast. Medices *de Venat. Q.* 11. *n.* 4. *P.* 1. & latius Georg. *Mor. de iure venandi P.* 2. *Cap.* 10. An iter facere A. Gent. *de Div. temp. appell. Q. ult.*

21) De quo & quomodo in criminalibus diebus festis procedatur, vid. Scac. 2. *de Iud.* 6. toto Peguer. *Decis.* 53. *n.* 8. *& seqq* Torturam illis intermitti debere, Wes. *ad Rub. C. h. n.* 21. Henrig *de Fidei. C.* 12 *n.* 13. Cæterum iuxta DD. nostros plures quoque caussæ civiles etiam his festis diebus expediri possunt. Quas Scac. 2. *de Iud.* 5. ad duos casus generales reducit. (1) Necessitatis si vel debitor, de fuga suspectus, Qui capiendus, Marant. *P.* 4. *Dist. ind.* 16. *n.* 92. Bover. *Sing.* 10. *n.* 14. Ayrer. *Process.*

tillime & in hoc fummi numinis fperetur venia, per quod multorum falus, & incolumitas procuratur. Ea eft *L. penul. C. eod.*

VI. De fecundo genere dierum nataliciorum, & fimilium idem [22] ius, quod de fuperiore, effe exiftimo, per hofce dies iudicia ita filere, ut nec in volentes quicquam iure agere liceat. Primum, quia his diebus iubentur iura differri in *L. omnes dies, C. eod.* nec quicquam exceptum video. Deinde quia apparet horum dierum ferias non ad otium, & utilitatem privatorum referri: fed ad publicam congratulationem, & cultum Dei, ut gratiæ publicæ ei agantur, qui initii tam felicis auctor extiterit. Scimus autem pactis privatorum iuri publico [23] derogari non poffe. *L. ius publicum, D. de pact.*

VII. Cæterarum feriarum, et quæ ad utilitatem privatorum, & eorum, quibus cum agitur, comparatæ fint, cauffa eft diffimilis: five cum volentibus agatur, five adverfus invitos. Per ferias quidem meffis & vindemiarum conftat, fi quid ex [24] voluntate partium actum, iudicatumve fit, non fecus valere, quam fi alio quovis tempore actum effet, *L. 1. L. fi feriatis, D. de fer.* de tempore nundinarum nihil aperte cautum eft in *d. L. un. C. de nundin.* fed cum conftitutio vetet iis, qui ad nundinas venerint, moleftiam inferri: porro volentibus & confentientibus moleftia non inferatur; *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* perfpicuum eft, conftitutionem ad confentientes non pertinere.

VIII. Iam adverfus invitos etfi magna ex parte ita ius fe habet, ut meffis & vindemiarum tempore iudicio agi non poffit: tamen cauffæ quædam excipiuntur. Primum de publicis & fifcalibus [25] cauffis etiam per id tempus agi poteft. *L. publicas, Cod. de fer.* Id utilitas publica exigit, quæ privatorum utilitatibus anteponi debet. Quod ad privatas cauffas attinet, vifum eft [26] libertati, hoc eft, rei maxime favorabili tribuendum effe, ut de ea poffit omni tempore ius dici: de cæteris autem in univerfum hac conditione, fi res [27] moram non ferat; id eft, fi paul-

cef. P. 1. C. 5. Obf. 6. n. 9. Moller. 3. *Semeftr. 44 n. 1.* Et pluribus allegatis de communi teftatur Scacc. *d. n.* 28, ubi *n.* 30. idem in folemniffimis feftis Pafchatis, &c. ftatuit. Vel res tempore peritura, vid. *h. C. N.* 27. aut alias moram non fert, Scac. *d. C. 5. n.* 52. *& feqq.* ut quando faber impedit Doctorem vel ftudiofum *ibid. n.* 55. (2) Pietatis vid. *h. C. N.* 26.

22) Idemque in feriis repentinis, vid. Scac. *d. C. 5. n.* 131. *& feqq.* Peguera *Decif.* 53. *n.* 3. Quæ etiam facræ quatenus ad Deo gratias agendas, profanæ quatenus ad communem lætitiam explendam indictæ, ut Damhuder. *Prax. Civ. C.* 119. *n.* 14. quoad vacationem fcilicet a iudiciis, non etiam ab operis & opificiis, Scacc. *ibid. n.* 136. *&c.*

23 Et ita renunciari nequit nec feriis facris Zaf. *Par. h. t. n.* 6. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 6. *& n.* 11. Bronch. 1, *Enant.* 27. Gail. 1. *Obf.* 53. *n.* 16. Pegu. *Decif.* 53. *n.* 4. *& n.* 7. Scacc. *d. C. 5. n.* 18. Ayr. *Procef. P. 1. C. 5. Obf.* 6. *n.* 3. nec repentinis aut in honorem Principis indictis, Gail. *d. n.* 16. Pegu. *d. loc. n.* 3. Teffaur. *Decif.* 39. *n.* 7. Scac. *d. C. 5. n.* 132. *&* 142. Chaffanæ. *Catal. gloria mundi P. 5. Confid.* 24. *n.* 115. Rob. 4. *Rer. iud.* 15. Vant. *de Nullit. ex defect. iurifd. n.* 130. Num vero a Principe, item ftatuto aut confuetudine, iftis feriis in honorem Dei derogari poffit, quibus item & quatenus, vid. Scac. *d. C. 5. n.* 130. Wef. *ad Rub. C. h. n.* 37. Wurmf. *t.* 11. *Obf.* 3. Peg. *Decif.* 53. *n.* 5. & omnino Marant. *P. 4. Dift. iud.* 16. *n.* 87. *& feqq.*

24) *C. ult. extr. h. t.* Bronch. 1. *Enant.* 27. Teffaur, *Decif.* 39. *n.* 1. Pegu. *Decif.* 53. *n.* 15. Gail. 1. *Obf.* 53. *n.* 16. *&* 2. Scac. 2. *de Iud.* 5. *n.* 156. *ufque ad n.* 171. Verba enim orationis D. Marci ita habuerunt; ne invitis partibus iudicium fit *L. 6. h. t.* Gail. *d. n.* 16. Eaque favore litigatorum principaliter inducta, etfi per confequentias etiam refpeciat ad favorem publicum. Nec facile confenfurus, nifi qui alios habet per quos rem rufticam æque commode curare poffit, quomodo reipublicæ nihil intereft. A. Fab. *ad L. 1. §. 1. h. t.* Plane ex voluntate partium iudicare ita poteft iudex, non autem tenetur, quia non deteriori iure ipfe effe debet, quam litigatores, Teffaur. *Decif.* 39. *n.* 2. Scac. *d. loc. n.* 159. Quin ipfe ex officio poteft opponere ferias tacente parte, Io. Bapt. Afin. *de Execut. §.* 3. *n.* 308. Rulant. *P. 3. Lib. 9. C. 9. n.* 5. Renunciari autem poteft etiam tacite, Gail. *d. loc. n.* 17. Menoch. 2. *Prefumpt.* 46. *n.* 25 Pegu. *Decif.* 53. *n.* 7. Afin. *Praxi §. 3. C. 7. n.* 2. Quod explicat Scac. *d. C. 5. n.* 164. *& feqq.* extra hanc renunciationem acta iudicii æque iure nulla per *d. L. 6.* Verbis: *ne iudicium fit ni-fi &c.* Pegu. *Decif.* 53. *n.* 13. (licet A. Fab. *C. fuo h. t. defin* 5. fententiam his feriis latam nullam non effe) nec fi poftea accedat confenfus confirmantur, ut Vafq. 2. *Contr. ufu freq.* 27. *n.* 2.

25) Non criminales, ne obftet, *L.* 12. *de publ. iudic.* Sed patrimoniales, ita Peguera *Decif.* 53. *n.* 21. Addit *d. L.* 5. piftorias, Cuiac. *de Div. temp. præfcript. C.* 13. exponit: id eft de mancipibus, qui curatores funt piftrinorum *Nov.* 80.

26) Et aliæ piæ cauffæ, vid. Tiraq. *Privil. piæ cauff.* 156. Quin immo Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 43. *& feqq.* etiam in feftis diebus ex pietatis ratione procedi vult in fequentibus cauffis. Miferabilium & pauperum *d. n.* 43. *& feq.* add. Ayrer. *Proceff. P. 1. C. 5. Obf. 6. n.* 9. Scholarium, vid. *d. C. 5. n.* 75. & Horat. Luc. *Privil. fchol.* 74 Rebuff. *Priv. fchol.* 4. P. Barbof. *ad L. 1. Sol. matr. P. 7. n.* 53. Speckh. *Cent. 2. Claff. 2. Q.* 11. *n.* 25. Alimentorum *L. 2. h. t.* Pegu. *Decif.* 53. *n.* 12. Io. P. Surd. *de Aliment. Tit. 8. Priv. 2. n.* 7. *& feqq.* Scac. *d. C. 5. n.* 6. *& feqq.* declarans ut obtineat quando petuntur conftitui in futurum officio iudicis. Secus fi iure actionis, aut ex contractu petantur, nifi pauperi debeantur, vigente illa pietatis ratione, add. P. Barbofa *ad L. 1. Sol. matr. P. 2. n.* 54. Qui *d. L.* 2. obtinere dicit, cum ea difpofitione legis alimenta debita, vel ex contractu & teftamento, ei qui non habet aliunde unde fe exhibeat. Dotis, fi pauperi relicta, aut debeatur, Scac. *d. loc. n.* 58. *& feqq.* Alias fecus, vid. Barbof. *in d. L. 1. P. n.* 42. *& feqq.* Fachinæ. 10. *Contr.* 36. Salarii vel mercedis famulo, aut operario pauperi debitæ etiam de præterito, vid. Scac. *d. C. 5. n.* 63. *& feqq.* Carcerati fi ad eius utilitatem, aut liberationem ipfo volente procedatur, Scac. *d. loc n.* 65. *& feqq.*

27) Ut fi dilatio actionem peremptura *L. 1. §. ult. h. t.* quia beneficia cauffæ conditionem habent, ne cui fint captiofa, A. F. *ibid.* Ubi, ceu audax legum cenfor commodius potuiffe occurri fcribit, fi ftatutum effet, ut tempus hoc feriarum rufticarum actori non curreret, aft fubduceretur. Plane has quoque cauffas Gail. 1. *Obf.* 53. *n.* 13. Monach. *Pract. P. 5. §. 2. n.* 13. Ayr. *Proceff. P. 1. C. 5. Obf. 6. n.* 4. *&* 5. Wef. *ad Rub. C. h. t. n.* 11. ac Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 35. *& feqq.* diebus feftivis etiam expediri poffe putant, quia neceffitas a fabbati obfervatione excufat. Luc. 14. v. 5. *&c.* Et ex hac cauffa a regula iuris receditur. Hinc quærit Scaccia *d. loc. n.* 38. an fententia tunc die fefto, ex gr. dominico, poffit ferri, quando alias expiratura iudicis iurifdictio. Quod negat, nifi pariter inftantia periret, aut probatio partis In his autem feriis ad utilitatem hominum expediri præterea poffe

Digitized by Google

paullo longior dilatio damnum actori allatura videatur. Qua de re, & quæ in posteriore hoc genere species habeatur, comprehensum est in *L. 1. §. ult.* & *L. 2. D. eod.* eoque pertinet *C. ult. extr. de iudic.*

IX. De tempore nundinarum, vel ipsa constitutio, quæ est de hoc genere, satis ostendit, neque omnibus hoc dari, ne conveniantur eo tempore; quanvis ibi agentibus, ubi nundinæ exercentur; neque omnium rerum exactionem, & cognitionem inhiberi. Constitutio tantum de ad nundinas concurrentibus scripta est; sed & nominatim privati tantum debiti inhibet exactionem, ut appareat [28] neque eos, qui ibi degunt, ubi mercatus est, ea constitutione iuvari; neque per id tempus adversus quoslibet differri exactionem publicorum, aut fiscalium debitorum. Puto & quæcunque sunt caussæ eiusmodi, quæ dilationem non ferant, de quibus tempore messis, aut vindemiarum agi potest, de his & nundinarum tempore adversus exteros, qui venerint ad nundinas, agi posse: si modo & alio tempore ibi, ubi nundinæ exercentur, conveniri potuerint. Constitutio enim de nundinis, vetat molestiam venientibus exhiberi. Nunc autem in huiusmodi caussis laborat actor, non ut molestiam inferat ei, qui venerit; sed ne quam ipse iniuriam ex dilatione adversarii patiatur. Denique beneficia in cuiusquam iniuriam tribui non solent. *L. nec avus, Cod. de emancip. liber.*

posse statuunt Causas quasvis summarias ut habetur *Clem. sape de V. S.* Parlad. 2. Rer. *Quotid. C. fin.* §. 4. *n.* 10. Damh. *praxi civ. C.* 119. *n.* 25. vid. Scacc. *d. C.* 5. *n.* 171. & *seqq.* Possessorias *d. C.* 5. *n.* 174. itaque & caussam attentatorum, quæ sapit naturam meri possessorii, M. Ant. de Amatis *Decis.* 26. matrimoniales, usurarias Scacc. *d. C.* 5. *n.* 86. Executivas Scacc. *d. C.* 5. *n.* 179. Parlad. *d.* §. 4. *n.* 10. Bover. *Sing.* 10. *n.* 5. Tessaur. *Decis.* 59. *n.* 1. Vant. *de Nullitat. ex def. iurisd. n.* 31. Vid. & de his caussis M. Ant. de Amatis *Decis.* 86. Horat. Carpan, *Statut. Mediolan. C.* 107. *Vol.* 1. Quid si actor & reus diversi fori & diversæ utrobique feriæ? Attendendæ quæ in domicilio rei per *L. 1. b. t.* Si scilicet ibi caussa agatur. Alias ejus provinciæ ubi lis agitatur, quia ibi contrahendo vel solutionem eo destinando se adstrinxit ad consuetudinem loci, ita Coler. *ad C.* 2. iunct. *C. dilecti* 8. *de Except. n.* 32. Confer. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 19.

28) Nec eo gaudent banniti, Nellus a S. Geminiano *Tr. de Bannitis P.* 3. *secundi temporis n.* 15. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 30. *P.* 1. *n.* 13. & 14.

CAP. VIII.

De iureiurando. Et cur hoc loco.

Transitio ad iusiurandum. I.
Hoc loco de eo quo lites dirimuntur. II.
Titulus iurisiurandi opportunissime locatus in iure pontificio, minus apte in iure civili. III.

I. Lite sic instituta, quod contestatinne partium fieri diximus, dilationibusque exinde a iudice concessis actori & reo, ex quibus disceptare de caussa, & probationibus se munire atque instruere debeant, quo iudici fidem faciant: ipse ordo nos ad Probationum tractatum iam deduxisse videtur; quibus cognitis, solet a iudice sententia ferri, resque terminari. Solet, imo & debet: nam sententia, quæ lata est sine caussæ cognitione, sine inspectione actorum, non auditis probationibus, ea fere nullius momenti est: est certe iniqua, ut ab ea merito appellari queat: ut bene Angelus scribit in *L. iudices, Cod. de iudic.* allegatque ad eam sententiam Innocentium, iuris civilis peritissimum, Pontificii etiam auctorem, in *C. cum Bertoldus, extr. de re iudic.* Et ita sane est: cum enim res omnis, quæ in iudicium deducitur, vel hoc ipso dubia ac controversa esse putetur, Iustiniano anctore, in *L. ult. Cod. quibus ad lib. procl.* non potest ea decidi, nisi prius a iudice examinetur, & probationibus illustretur eorum, qui de ea re dissentiunt, ac propterea eam ad iudicem introduxerunt. Sed in probationibus plerumque multus labor sumitur, multique sæpe ac magni sumptus fiunt, perit tempus, abducitur a melioribus studiis animus, suscipiuntur etiam sæpe odia, & inimicitiæ. Ad hoc probationum interdum ea est vel inopia, vel difficultas, ut desperent, homines se eas parare posse. Quibus rebus, aliisque, quas recensere nihil attinet, sæpe litigatores adducti, quo se litis molestiis incommodisque liberent, aut pactione aliqua rem, aut etiam iureiurando dirimunt. Pactionem intelligo transactionem: est enim Transactio nihil aliud, quam pactio de re dubia vel controversa, & de qua lis esse possit. *L. 1. D. de transact.* Dico, esse possit: nam fere trans-

tranfactionibus utuntur, antequam ad iudicem eant, vel ante iudicium, quod a litis contestatione demum incipere notum est: ipse iudex ad id hortari solet, & concordiam suadere: idque etiam ad iudicis boni officium pertinet. *L. 7. C de sent. L. ult. C. de fer.* Iurisiurandi & in iudicio usus frequentissimus est; & ante iudicium, cum convenit inter dissidentes, ut eo modo controversia decidatur. *L. iusiurandum*. & ad *D. de iureiur.* Utroque modo, id est & transactione & iureiurando, si veritatem spectemus, res in obscuro relinquitur (potest enim qui transigit, si litigaret, totum fortasse consequi, quod pertendit: & qui iurat, falsum dicere ac iurare.) Sed lis tamen ac controversia iis modis funditus tollitur: eamque ob rem sententiæ & rebus iudicatis comparantur; etiam præferuntur interdum, præsertim iusiurandum. *L. 1. D. de iureiur.* Et transigi non solum pacto, sed etiam iureiurando & sententia dicitur. *L. 2. L. admonendi. D. d. tit. L. 13 §. pœna. D. de his qui not.* Denique hæc tria genera sunt, quibus lites dirimuntur, transactio, iusiurandum, & iudicium, sive iudicis sententia, ut sequenti capite docebimus.

II. Sed de transactionibus quidem alibi, & in commentariis ad illud titulum Codicis a nobis diligenter expositum est: unde petere cuivis licet: certe cum ad iudiciorum ordinem ac formam, de qua nunc sermo est, eius rei explicatio non magnopere pertineat, temere hoc loco inculcaretur. Alia iurisiurandi ratio est. Nam & plerumque in iudicio interponitur, & probationis vicem obtinet. Est igitur hic locus de iureiurando agendi: & quidem prius, quam de probationibus ipsis: non tam adeo propter religionem, qua tamen motus Imperator Iustinianus videtur, cum de rebus creditis acturus titulum de iureiurando præposuit: quam quia iusiurandum, quo lites dirimuntur, ante iudicium, vel in iure apud prætorem, vel initio mox suscepti iudicii, plerumque ad probationem ventum est, intervenire solet: nec est ei locus post rem probatam ullus: nisi forte de lite æstimanda agatur, quod iusiurandum in litem dicitur, vel caussa adhuc dubia sit, quia pares utrinque probationes allatæ fuerint, ut nos interpretamur, vel quia non satis plene perfecteque probavit actor intentionem suam, ut vulgo interpretes sentiunt. Utroque enim casu, & ad litem æstimandam, & ad probationem implendam, iusiurandum iudex defert, non alius ut suo loco dicetur. Sed de iure quidem iurando in litem libro XXVI. quoniam illic est nobis de omni æstimatione dicendi constitutus locus. De altero, idest, eo, quod in dubiis caussis & inopia probationum a iudice deferri solet, commodissime hoc loco differetur, in quo in universum de iureiurando, quo lites dirimuntur, non æstimantur tantum, exponere instituit: quod & in Pandectis factum est, & rationem habet, ut mox apparebit.

III. Illud in iure Pontificio rectius: quod iurisiurandi titulus probationibus & præsumtionibus adiunctus est: (eo enim pertinet) & in rei iudiciariæ explicatione collocatus. Nostri insubtilius, qui de iureiurando in parte rerum creditarum & contractuum exposuerunt; eo magis, quod iure civili iusiurandum non est modus contrahendæ obligationis, sed litis ac controversiæ distrahendæ: ac perinde habetur, quasi plene probasset is, qui ex delatione adversarii vel iudicis iuravit. *L. 5. §. dato, D. de iureiur.*

Digitized by Google

CAP. I.

DE IUREIURANDO DUÆ QUÆSTIONES:
IURISIURANDI EXTRA LITEM
ET IUDICIA USUS,
Qui quidem effectum iuris habeat.

CAP. II.

IURISIURANDI IN LITE ET IUDICIIS USUS,
TUM GENERA DE IUREIURANDO
CALUMNIÆ, TESTIMONII, PURGATIONIS,
Iudicio sistendi caussa, litis decisionis,

CAP. III.

PARTITIO EDICTI AC TITULI DE IUREIURANDO
DE VI IURISIURANDI VOLUNTARII,
SEU EIUS QUOD EXTRA IUDICIUM IURATUM EST EX EDICTO.
Quibus conditionibus id valeat, ac primum
de conditione delata,

CAP. IV.

QUI IUSIURANDUM DEFERRE POSSINT
AUT NON POSSINT: UT HIS
DEFERENTIBUS IUSIURANDUM DATUM SERVANDUM SIT,
Aut non noceat.

CAP. V.

DE HAC CONDITIONE TERTIA
SI IURAVERIT, AUT REMISSUM SIT
Iusiurandum.

CAP.

CAP. VI.

IURANDUM EX CONDITIONE DELATA,
SEU EX EO QUOD DELATUM EST;
ET HOC QUIBUS REBUS
Contineatur.

CAP. VII.

QUOMODO SERVET PRÆTOR IUSIURANDUM:
AC PRIMUM REO; ET DE EXCEPTIONE
IURISIURANDI. QUIBUS DETUR, ADVERSUS QUOS,
Qua de re.

CAP. VIII.

DE ACTIONE EX CAUSSA IURISIURANDI:
QUÆ, ET QUALIS SIT:
QUIBUS: ADVERSUS QUOS: QUAMDIU:
Quam vim habeat.

CAP. IX.

IUSIURANDUM NULLO PRÆTEXTU RETRACTARI
PRÆTERQUAM TRIBUS IN CAUSSIS;
TUM DE VARIIS EFFECTIBUS
Iurisiurandi.

CAP. X.

DE VI IUDICIALIS IURISIURANDI.

CAP. XI.

DE VI NECESSARII IURISIURANDI.

CAP.

CAP. XII.

DE NECESSITATE SUSCIPIENDI IURISIURANDI EXTRA IUDICIUM,

Tum in iudicio.

CAP. XIII.

RECUSANDI IUDICIALIS

Iurisiurandi caussæ.

CAP. XIV.

NECESSE ESSE VENIRE AD IUDICEM IURANDI CAUSSA, CUM VOCATUS FUERIS:

NISI SI QUIBUS HÆC IURANDI NECESSITAS REMITTATUR:

Et quæ res hanc remittant.

CAP. XV.

ADVERSUS EUM QUI IURARE, AUT IURANDI CAUSSA AD IUDICEM VENIRE NON VULT,

Quæ sit pœna.

CAP. XVI.

DE APPELLATIONIBUS VOLUNTARII IURISIURANDI, NECESSARII, IUDICIALIS, QUID HAC

Significetur.

Vide Epistolam ad lectorem huic volumini præfixam.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS QUINTUS.

Vide laudatam Epistolam.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS SEXTUS
CAPUT I.

Iudicandi munus esse publicum, sic tamen ut iustis de caussis iudex a iudicando excusetur, & quæ sint hæ caussæ, Cogi etiam iudicem posse, ut quamprimum iudicet. Et de tempore legitimo, intra quod iudicium exerceri debeat, *ad L. properandum, C. de iud.*

Transitio, summa, & ordo huius capitis. I.
Munus iudicandi publicum: ideo unumquemque ad illud cogi posse remediis prætoris, nisi excusetur idonee. II.
Quæ huius detrectandi muneris excusationes. III.
Quid hæ proprium habeant, & distinctum a reliquis. IV.
Non esse idoneas excusationis caussas 1. si iudex iuret sibi non liquere. Exponitur L. Pomponius, 36. D. de re iud. V.
2\. *Si consulenti iudici de facto præses non respondeat. Exponitur* L. eum quem 79 §. 1 D. de iud. VI.
3\. *Si caussetur litigatorum inimicitias.* VII.
Quid si salva conscientia aut religione quem absolvere aut condemnare nequeat. Hoc quid sit. VIII.
Si iudex iudicium protrahet, a magistratu iudicare cogitur, & quomodo. IX.
Quod tempus iudicandæ rei sit a Iustiniano præstitutum. X.
Summa & analysis L. properandum, C. de iudic. XI.

I. Caussa, ut visum est, probata, & a iudice eo modo cognita, quo supra scriptum est, sequitur, quod est secundum & idem summum in officio iudicis, ut iudicet, seu sententiam ferat. Et faciet quidem recte, si officio iudicis fungi velit, quid tamen si detrectet? Videbimus ante omnia, an habeat necesse, & quando id facere cogatur. Multa enim possunt incidere, quæ iudicem vel impediant ne iudicet, ut morbus, & necessaria aliqua occupatio: vel etiam deterreant: sive quod de re ei non liquet, sive quod metuat litigatorum potentiam, aut inimicitias; sive quod gratia aut amicitia alterutrius ducatur, ne eum sententia sua lædat. Licet idem quærere de eo, qui nolit ab initio caussam cognoscere, vel quia refugiat cognoscendi laborem, vel quia id agat, ne iudicet. Quod si ante non quæsivimus, hæc caussa est, quod visum est commodius de necessitate huius muneris, quæ una est in omnibus eius muneris partibus semel dicere, idque hoc loco facere potius, in quo præcipue agitur de iudicando.

II. Et de toto munere sic habendum est, publicum esse [1] iudicandi munus, *L. quippe, D. de iudic. L. ult. § iudicandi, D. de mun. & honor.* Proinde eiusmodi, ut quemadmodum scriptum est in *L. prætor. §. qui autem, D. de vaca. & excus.*

1) Et onus potius quam beneficium, Longavall. in *L.* 3. *de iurisd. n.* 193. Pollet. 3. *Hist. fori* 10. Etsi honori quoque fuerit, vid. Tiraq. *de Nobilit.* C. 28.

& excus. mun. *Qui non habet excusationem invitus iudicare cogatur*. Ut est conditio omnium munerum publicorum: quæ delata etiam ab initio sine iusta excusatione detrectari non possunt: nedum possint iam suscepta, *tot. tit. de vac. & excu. mun.* Itaque non modo verum est, illud quod dicitur in *L. de qua re, D. de iud.* iudicem qui de re cognovit, de ea quoque pronunciare cogendum esse: sed hoc amplius cogi operam præbere ad cognoscendum: ideo, quia sine caussæ cognitione iudicare non possit. Cogetur autem iudex datus ab eo, qui dedit, *L. 3. C. de ped. iud.* & cogetur remediis prætoriis: puta, [2] multa indicta, & pignoribus in eam rem captis, quæ remedia indicantur in *L. 1. §. ex hoc rescripto, D. de inspic. ventr.*

III. Sed cogitur iudicare, ut supra dixi, is qui excusationem non habet: suæ sunt ergo & huius muneris excusationes. Sunt vero non tantum generales illæ, quibus homines ab aliis quoque muneribus excusantur; sed etiam propriæ quædam ipsius muneris, ut non abs re sit quærere hoc loco, quænam sint. Quod eo etiam diligentius faciendum est, quod in his omnibus præponendis ad muneris excusationem licet nonnihil singularis iuris animadvertere. De generalibus nihil dicam, quæ ex titulis de vacatione & excusationibus tutelæ reliquorumque munerum peti possunt, nec dubium est, quin quæ res aliorum munerum excusationem habent, eædem præstent & huius muneris vacationem: cum facilius excusetur quis a munere iudicandi, quam ab aliis muneribus, ut paulo post intelligetur. Quod proprium est huius muneris, hoc est, quæcunque enim res sunt, quæcunque occupationes, quæ impediant, quo minus iudex possit operam præbere ad cognoscendum, iudicandum, aut omnino aut sine incommodo rei familiaris, omnes [3] huius muneris excusationem præstant. Itaque non tantum excusatur iudex valetudine & morbo, propter quæ suis rebus superesse non potest: non tantum necessaria profectione, ut ea, quæ suscipitur Reipublicæ caussa, non tantum magistratu, & similibus necessariis caussis: sed etiam negotio quovis privato, privata occupatione, quæ omitti non possit sine rei familiaris periculo: quam tamen necesse sit omitti, si vacet iudex rei cognoscendæ & iudicandæ. De prioribus caussis scriptum est in dicta *L. prætor, D. de vacat. & excusat. muner.* Postrema apertius intelligitur ex *L. si longius, D. de iudic.* Cuius generis excusationem non item esse in aliis muneribus proditam, exemplo tutelæ declaratur. Etsi enim huius administratio magnas & multas difficultates habet, & impedimenta rei familiaris: tamen certum est, eam a muneribus aliis civilibus non excusare, *L. 3. Cod. de excus. mun. Lib. 10.*

IV. Iam vero & in excusationibus huius muneris omnibus animadvertendum est, quiddam esse singulare. In cæteris namque muneribus, si cum munus defertur, nondum privilegio locus est, id quandocunque postea incidet, non tribuet vacationem, *L. non tantum, §. is qui. L. tutor petitus, D. de excus.* In iudicandi munere contra. Quodcunque enim impedimentum, quæcunque occupatio ex iis, quas supra diximus, incidet etiam post munus delatum, eiusmodi est, qua iudex excusetur. Quod colligimus ex *d. L. prætor, §. ult.* Illic enim munere iudicandi suscepto, denegatur quidem excusatio ex privilegiis usitatis: sed ita, si iudex excusare se velit privilegio, quod ante habuit: quasi agnoscendo iudicium renunciarit excusationi. Ex quo intelligitur diversum esse, si privilegium postea inciderit. Quin immo ex eo etiam privilegio, quod habuit antequam iudicium susciperet, excusans se iudex audiendus est, si se excuset ante caussam actam. Quod & ipsum ex eodem loco intelligimus, denegatur enim illic excusatio ex eo privilegio, sed hac conditione, si cœperit iudex post caussam actam se excusare. Et excusatur quidem iudex ex his caussis omnibus: sed non semper uno modo, alias excusatur ad tempus, id est, ita ut differatur tantum iudicium: alias in perpetuum, id est, ita

2) Quod & Pollet. *d. Cap.* 10. *n.* 2. comprobat, quia pariter mulctati Senatores, qui evocati in Curiam non veniebant, Cic. 1. *Philipp.* Idemque confirmat Broidæ. *in Corollar. ibid.* ex Plutarch. *in Catone minore* & Livio *Lib.* 3. Et quod etiam in arbitrariis cogatur, Menoch. 1. *Arb.* Q. 41. Confer. Vent. de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 10. *n.* 15. Simanca 2. *de Rep.* 8. Commissarii quoque munus invitus suscipit, vid. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 25. Nec minus consulendi a iudice vel partibus requisitus regulariter recusare potest, vid. Pax. Scala *Lib.* 3. *de Consil. sapientis Cap.* 7. Cæterum ex *d. L.* 74. *pr.* refelluntur DD. vulgo putantes ius ferendæ sententiæ non habere, cui cognitio mandata est, vid. Bocer. *de Iurisd. Cap.* 6. *n.* 42. & Scip. Gentil. 1. *de Iurisd.* 30.

3) Vacatio quoque a iudicando specialiter aliquando tributa, Plin. 10. *Epist. ad Traian.* Archippus vacationem petere cœpit, &c. vid. Pollet. *d. C.* 10. *n.* 4. qui missionem iudicum honestam vocat, distinguens ab ignominiosa, cum ex albo iudicum eradebantur. Sic in Typographia Iani Iacobi Boissardi *P.* 3. *pag.* 109. monumento aliquo habetur: Cui populus eius corporis immunitatem sex centuriarum (confer. not. *supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 22.) decrevit,

ita ut mutetur iudex, & iudicium in alium transferatur. Differtur tantum iudicium, si caussa sic prodest ad excusationem, ut morbus vel occupatio temporaria sit, nec in longius tempus duratura, & ea post caussam actam allegetur: hoc enim posterius exigit Ulpianus in *d. L. prætor*, in fin. dum ita scribit: *Non debet in alium transferri iudicium, si cum captione id futurum est alterutrius*: & quod intelligat esse coniunctum cum captione alterutrius interpretatur. *Tolerabilius*, inquit, *denique est interdum iudicem, qui semel cognoverit, tantisper expectare, quam iudici novo rem iudicandam committere*. Aperte de eo, qui caussam cognoverit, loquitur. Vel hinc intelligimus iudicem ex supra scriptis caussis omnino excusari duobus temporibus. Uno, si ante caussam actam se excuset: sive impedimentum perpetuum sit, sive temporarium. Altero, si & post caussam actam iusta excusationis caussa incidat; sed quæ aut sit perpetua, aut futura sit diuturnior. *Si*, inquit idem Ulpianus, *longius spacium intercessurum erit, quo minus datum operam possit dare, mutari eum iubet prætor*, 4 d. L. *si longius D. de iudic.*

V. Ut remittunt hæ res iudicandi necessitatem, quibus fit, ne possit iudex operam præbere ad iudicandum: ita si nihil impediat, quo minus possit id facere, hoc tenebimus nihil adferre posse, cur non cogatur iudicare; maxime si iam ante caussam cognoverit. Et primum nusquam lectum est, recipiendas esse istiusmodi exceptiones, si quis dicat se metuere potentiam litigatorum, si dicat, se nolle suscipere eorum inimicitias; nec immerito; alioqui nemo unquam cogetur iudicare; quia facile quis dicturus sit, se ista metuere. Probabilius de his dubitari potest; si dicat sibi non liquere de caussa & iuret, iuste enim metuit religionem. Si saltem præsidem consulat, a quo audire velit, quod ipsi placeat: hoc enim fortasse levius, quam ut denegari debeat. Postremo si causetur litigatores inimicos sibi esse factos. Ob hanc enim caussam receptum est, ne cogatur arbiter sententiam dicere *L. licet*, *D. de recept.* Sed verius est nihil horum valere ad excusationem. Iurat de caussa sibi 5 non liquere. Probandum est, hactenus esse audiendum ut spacium ei detur ad amplius cognoscendum & pronunciandum: hoc de arbitro qui recepit arbitrium ex compromisso, scripsit Ulpianus in *L. Pomponius*, in fin. *D. de recept.* Proinde de iudice multo magis ita dicendum est, utpote in quo necessitas iudicandi vel par, vel etiam maior, cum sit iudicandi munus publicum. Plane si tribus iudicibus datis duo iudicent, & consentiant, unus iuret de re sibi non liquere, non eo minus valet, quod duo iudicarunt, ut scriptum est in *L. Pomponius*, *D. de re iudicata*. Sed hoc non eo fit, quia is qui quiescit, non potuerit cogi iudicare, si necesse esset, sed quia in hac caussa non sit necesse, propterea quod, ut ibidem ratio redditur, *etsi is*, qui quiescit, *dissentiret*, *plurium sententia obtineret*. Quod ergo 6 Gellius *Lib.* 14. *Cap.* 2. scribit se iudicio, in quo iudex datus erat solus, defunctum esse, quod sibi non liquere iurasset, tolerantia magistratus & litigatorum magis factum est, quam quod iure ea ratione defungi liceret.

VI. Si in re perplexa iudex præsidem consulat, postuletque, ut prius de re consilium impertiat, nihil hoc ad excusationem, si præses recuset, id facere, &

illum

4) *L.* 46. *eod.* ubi Cuiac. 2. *QQ. Pauli* notat etsi iudex mutetur *d. L.* 46. & solvatur necessitate iudicandi ex caussa morbi sontici, non tamen solvi iudicio nec desinere esse iudicem, sed manere, ut dicitur *d. L.* 46. Confer Pollet. 3. *Hist. fori* 10. *circ. fin.* qui caussam excusationis aliam peremptoriam, aliam dilatoriam statuit. Et vid. in simili de excusationibus Commissariorum, Rulant. *P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 26.

5) Dissentire videtur Cuiac. 6. *Obs.* 27. tum *per d. L.* 36. tum per illa Senecæ 8. *Epistolar.* Aut fer sententiam, aut, quod facilius in eiusmodi rebus est, nega tibi liquere. De hoc iuramento aut pronunciatione iudicis *non liquere*, ac de ampliatione litis ex hac caussa, ac quid a comperendinatione distet, quando pertractare hic locus non est, remitto ad Pollet. 4. *Hist. fori* 15. Coras. *Epist. QQ. C. ult.* Menoch. *Ret. poss. Rem.* 3. *n.* 784. *& seqq.* Duar. *ad tit. D. de iudic. fol.* 168. Duarh. *ad L.* 1. *de vulg. substitut. n.* 138. Pacian. 1. *de Probat.* 39. *n.* 4. Ioach. Steph. 3. *de Iurisd. iudc. Græc. etc.* 4. *n.* 20. Item Ascon. 3. *Verrina pag. m.* 9. *& seqq.* Fr. Robertell. 2. *Emendat.* 25. *&* 2. *seqq.* Marcell. Donat. *Dilucidat. in Liv. Lib.* 43. Auson. Popma *Lib.* 1. *de Diff. verb. v. ampliatio pag.* 33. Cornel. Vitell. *Annot. in Georg.* Merulam. *Cap.* 21. *pag.* 625. *R.* 1. *Thesaur. Critic.* Liquere dici ducta metaphora a rebus fluxis & liquidis, quæ solidioribus magis perspicuæ & dilucidæ sunt, Robert. 3. *Sent.* 2. Sicuti Symmach. 1. *Epist.* 17. liquido die pro sereno. Confer *d. N.* 28. *ad Comment. in Tit. Digestor. de iureiuran. Cap.* 13. *n.* 15. Ampliandi autem verbum duo designat, augere & differre. Sic in *L.* 45. §. 1. *de re iud.* amplianda pœna exponit P. Fab. 1. *Semestr.* 4. sustinenda vel differenda. Etsi nil vetat alio quoque sensu ibi accipi. Ampliationem hanc dilationem non contentionis, sed decisionis vocat Ioan. Saresberiens. *Policratici Lib.* 5. *C.* 12. *Nam iudices*, ait, *festinata pœnitentiam pariunt*; *Unde & Græci* (intelligit, opinor, Græcos suæ ætatis, floruit enim sub Friderico I. anno 1140.) *cum urgentur ad sententiam, antequam de caussa liqueat, respondent, patres suos Solem apud antipodas non vidisse, sed expectasse semper, donec ille oriretur. Dicunt enim præproperum esse viatorem, qui antequam Lucifer oriatur, crassis adhuc tenebris, luceque remota, diatam aggreditur.* Ita ille.

6) Integritatem Agellii laudari posse, religionem non item, scribit Broidæ. *Supplem. ad Hist. fori Polleti Lib.* 5. *Cap.* 6. *pag.* 447.

Digitized by Google

illum iubeat indicare, quod videtur. Potest quidem præses iudici de iure dubitanti respondere, idque etiam præsides [7] facere solere, Ulpianus scribit in *L. eum quem*, §. 1. *de iudic.* sed solent modo: non etiam habent necesse: quod apertius declaratur in *L. 3. C. de pedan. iudic.* item in *Novel. 125. de iudic.* Iudicibus autem de facto præsidem consulentibus & eius consilium expectantibus non modo non prodest ea dubitatio ad iudices excusandos, ubi præses consilium non impertiat, sed etiam vetantur præsides impertire. Verba de hac re Ulpiani hæc sunt in *d. L. eum*, §. 1. *Iudicibus de iure dubitantibus præsides respondere solent: sed de facto consulentibus non debent præsides consilium impertire: verum iubere eos, prout religio suggesserit, sententiam proferre; hæc enim res nonnunquam infamat, & materiam gratiæ vel ambitionis tribuit.* Hæc Ulpianus. In quibus postremorum verborum hæc est sententia: Si de facto præsides consilium impertiant, ea res nonnunquam eos infamat: quia facit, ut quanvis rectum consilium dederint: tamen homines male de his suspicentur, quasi non temere sit, quod ita iudicent, re non bene cognita. Et ut secus homines opinentur: tamen hæc potestas consilium de facto impertiendi præbet materiam præsidibus multa ad gratiam & ambitionem, non ex iure decernendi: ad gratiam, cum uni alicui ex litigatoribus bene volunt, aut cupiunt eum sibi demereri; ac propterea id respondent, quod pro eo faciant: ad ambitionem, dum aliquid secus, quam aliis vulgo videtur, respondendo, eo facto famam ingenii, & eruditionis quærunt: aut affectant etiam opinionem potentiæ, quoniam facile liceat in caussa facti quidvis decernere. Hæc autem in caussa facti metuuntur, non in caussa iuris: quia de facto parum hominibus compertum est: ut non sit difficile statuere aliquid in alterutram partem ita, ut quam recte id feceris, aut secus, homines non perspiciant. Ius vero semper certum est, aut esse debet, quo [8] minus error aut iniuria præsidis in respondendo metuitur: quoniam minus potest latere.

VII. Quod ad litigatorum inimicitias attinet, afferunt hæ arbitro iustam caussam, cur non cogatur inter hos caussam disceptare aut sententiam dicere: quia operam privatis præbet: qui si inimici sint, non satis digni habentur, a quibus hæc opera exigatur. Non eadem ratio iudicis: cuius munus cum sit publicum, intelligi debet, eius operam non privatis, sed Reipublicæ præstari. Quo fit, ut si quid privatis non debet, non ideo possit detrectare quod a Republica exigitur. Non igitur, ut ad rem redeam, iudici dato, quandiu operam prebere potest, defugere licebit, ne [9] de re pronunciet.

VIII. Quid tamen dicemus, si salva religione & conscientia iudicare non possit? Nam id aliquando potest incidere. Propone enim scire, factum esse quod intenditur, quia interfuerit: nullos tamen testes

7) Hodie moribus nostris expeditum iudicibus, imi cumprimis subsellii & obnoxiæ sententiæ qui sunt, remedium, ut acta apud se habita ad collegia Prudentum & dicasteria publica transmittant, qui ea fide eorum, quæ probata sunt, sententiam concipiunt. Quod adeo usu per annos plurimos invaluit, ut ea res non arbitrii amplius, sed necessitatis apud nos videatur. Exstat luculentus Tractatus Pacis Scalæ *de Consil. sapientis in forensib. causs. adhibendo in Libb. 4. distinctus.* Eadem de materia Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 23. & *Lib. 1. Præsumpt. Q.* 95. Lancell. *de Atteat. P. 2. C. 9.* Afflin. *Praxi.* § 25. Sfortia Odd. *de Restitut. in int. P. 1. Q. 10. art.* 8. & *seqq.* Vant. *de Nullit. ex defect. iurisd. n.* 146. *usque ad n.* 157. Afflict. *Decis.* 1. Licet vero hi Iurisperiti nec ordinarii sint nec delegati, alias post mortem committentis consulere non possent. Scala *d. Tract. Lib.* 1. *C.* 17. Unde quidam sententias horum nomine latas non transire in rem iudicatam, veluti ab incompetente dictas, & quandocunque sapientiori rectius iudicantium consilio retractari posse, Corasi. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. P. 2. n.* 8. Mynsi. *ad Cap. 4. de Probat. n.* 25. Maranta *P. 6. Tit. de Senteat. n.* 130. eorumque opinio communis asseritur. Contra tamen merito statuit Augustus Saxonum Elector *Nov. sua* 26. *P.* 1. ubi vid. Moller. & *Consult. Sax. Tomo 1. P. 3. Quæst.* 22. & *Tomo 2. P. 3. Quæst.* 28 Quod & Tessauro *Decis.* 25. *n.* 3. ac Paci Scalæ *d. Tract. Lib.* 4 *Cap.* 21. probabilius videtur, censenti contrariam communem debili inniti fundamento, cum longe alia prudentum sit ratio, alia peritorum artis alius, velut medicorum, chirurgorum de vulnere, obstetricum, agrimensorum, &c. Ex quorum relatione prolatas vim rei iudicatæ non sortiri, quin comperto errore quandocunque rescindi possint crebriori calculo usuque fori receptum est. De quo vid. Marsil. *Sing.* 427. Reinerus Budel. *Lib. 1. de Re monetaria Cap. ult. n.* 28. & *seqq* Mynsi. 6. *Obs.* 35. Tessaur. *d. Decis.* 25. *n.* 1. & 2. (qui fere in contrarium propendet,) Beust. *ad L. admonendi* 31. *D. de iureiur. n.* 51. & *seqq.* Pacian. 1. *de Probat.* 47. *n.* 85. & *seqq.* (qui toto eo Capite de peritis in arte fuse tractat, Rulant. *de Commissar. P. 1. Lib. 4. Cap.* 12. Gail. 2. *Obs.* 111. *n.* 16. Maranta *Titul de Senteat. n.* 131. obi excipit, nisi ex consensu litigantium accepti. Quid si periti a se dissentiant? vid. *N. 3. ad Commeat L.* 36. & *seqq. Tit. Digest. de re iudic.*

8) Bella expositio. Nec abludit Forner. 5. *Rer. Quotid.* 11. qui ita: nonnunquam infamat, id est, suspectum reddit, sicuti in *L. 15. §. 22. de iniur.* præbet sinistræ suspicionis argumentum. Quo sensu sæpe Rhetoribus *infamis.* Citra suspicionis metum licet de quæstionibus iuris respondere, cum leges in thesi positæ sint; facta autem facilius eblanditi suffragii suspicionem inducunt. Et hinc etiam fuit, teste Theoph. *in §. prætorum 7. I. de iur. nat. gent. & civ.* ut Prætores initio cuiusque anni edicta proponerent. Add. Duar. 1. *Disput.* 41. *sub fin.*

9) Diss. Ian. Langlæ. 2. *Semestr.* 2. *pag.* 102. & *seqq.* ubi scite ostendit probi modestique iudicis esse, ut si alteri parti cognatione vel amoris nexu iunctus sit, ultro, etsi ab alio non eiuretur, cognitione se exsolvi petat. Quod exemplis ac sententiis veterum confirmat ex Tacito *Dial. de Orat.* Cic. 8. *Philipp.* Liv. 2. *Decad.* 4. Magis itaque idem si cum altero quid dissidii fuerit, ne exspectet dum ab eo reiiciatur. Quo pacto pudori magis suo prospiciet, suspicionemque evitabit. Vix enim est ut non credatur in partes propinqui propensior, inimici alienior, etsi forte ex officio se gesserit, aut secundum hunc etiam litem dederit.

Digitized by Google

ftes aut non idoneos produci ab actore, aut etiam testes falsos contradicere. Improbe ut videtur faciat iudex, si reum absolvat, & tamen si cogitur iudicare, necesse habet secundum regulas iuris eum absolvere. *L. qui accusare, C. de eden.* Finge contra falsum esse, quod intenditur, idque iudicem scire: quia sciat reum secum fuisse alio loco, quam in quo fecisse id arguitur, & eodem tempore. Nihilo rectius fecerit, si eum, quem scit esse innocentem, condemnet. Tamen si falsis testibus probetur factum, & iudex iudicare cogatur, iure necesse habeat eum damnare. Quid ergo hic dicemus? Idoneam vero hanc esse caussam existimo, cur iudicare cogi non debeat, dum iurabit [10] id ita se habere. Religionem enim & fidem a iudice, non flagitium exigere debemus, neque hoc cum dicimus, quidquam mutamus de ea definitione, quam paulo ante posui. Quæ enim salva religione non possumus, ea nos nec facere posse credendum est, auctore Papiniano *L. filius, D. de condit. inst.*

IX. Demus eum iudicem, qui non dicat se iudicare nolle; sed rem protrahat? quid fiet? Est officium magistratus, qui dedit iudicem, cogere eum ut quamprimum sententiam dicat: ut arbitrum qui arbitrium recepit, cogit prætor, *L. Pomponius*, §. ult. & leg. sequent. *D. de recept.* Est enim magistratus ius reddere. Iniuria est autem, quod statim possis reddere, id morari, & in aliud tempus differre. Ergo ei præstituet tempus, intra quod sententiam dicat indicta multa, ni ita faciat. Non enim videtur cogi posse aliter. Quod si nullum præstituet tempus magistratus: est tamen tempus legitimum, quod nec iudex, nec magistratus ipse potest excedere *L. si iudex, D. de iudic.* ac de eo tempore paulo post. Sed hæc de iudice dato dicta sunt.

X. Quid si erit ordinarius iudex? Si is sine caussa deneget iurisdictionem, denunciatur ei constitutione Iustiniani Novella 86. Si res ad Principem delata fuerit, ipsum animadversurum; vult tamen prius adiri Episcopum. Hunc instare magistratui, ut ius reddat: quod si non impetret; tum iubet Iustinianus Episcopum rem Principi significare per literas: ut sic deinde re cognita Princeps animadvertat. Faciamus magistratum, quod de iudice dato diximus, non aperte denegare iurisdictionem; sed rem differre. Huic rei ita prospexit Iustinianus [11] in *L. properandum, C. de iudic.* Tempus certum ab eo constitutum est, intra quod placeat litem quanque decidi. Et fuit etiam ante eam constitutionem id tempus certum. Nam legitimi temporis, quod magistratus in lite dirimenda non possit excedere, mentio est in *d. L. si iudex, D. de iudic.* Nisi tamen illa verba, *ita tamen, ut legitimum tempus non excedant*, quæ leguntur in *d. L. si iudex.* non Ulpiani verba sint, sed [12] Triboniani, responsum Ulpiani ad Iustiniani constitutionem revocantis. Utcunque se res habeat, quodnam id tempus fuerit olim, non liquet. Id a Iustiniano definitum est, de quo ita constituit? In criminibus ne caussæ actio [13] bien-

10) Sed & hoc casu volunt iudici ut si religione moveatur persona iudicis deposita testem se præbeat, Cuiac. 12. *Obs.* 19. Hotom. *Ill.* *Q.* 27. Dominic. Soto *Lib.* 5. *de iust. & iur.* *Q.* 4. *art.* 2. item ut ad superiorem confugiat & per consultationem conscientiam suam declaret, vid. Scala *Lib.* 3. *de Consil. sapient. Cap.* 13. Sed & omnia hic tentanda iudici, si insontem falsis probationibus oppressum noverit, quibus innocentia eius patefiat. Quod si his remediis uti nequeat iudex, etsi Dominic. Soto *d. loc.* velit potius morti adiudicari debere reum, cuius innocentia iudici privatim nota, quam ut publica testimonia deferantur, hoc tamen casu ut iudicatione potius abstineat tutius satiusque est, vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 14. *n.* 5. *& seqq.* Caussaque ad superiorem remittenda, qui etsi non minus postea condemnet plus credens pluribus quam uni, tamen ita non reus fiet mortis insontis, qui ipse quantum in se fuit cavit ne insons damnaretur: Si secius continget nihilo plus ei imputandum quam testi uni vere deponenti, si tres alii falsum dicentes ei contradicant &c.

11) Ampla hic dicendi seges de remediis contra denegatam, aut protractam sive dilatam iustitiam. Sed modus instituti non fert hac vice, vid. Mynf. 2. *Obs.* 24. *&* 74. *&* 3. *Obs.* 57. *ac* 5. *Obs.* 82. Gail. 1. *Obs.* 28. Ant. Fab. C. *suo t. de appellat. de fin.* 4. P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell.* C. *ult.*

12) Quod & vult Cuiac. *in not. ibid.* nec adeo improbabile videtur.

13) *L. ult.* C. *ut intra cert. temp. crim. quæst. termin.* *Nov. Manuelis Comneni* C. 2. edita a Carolo Labbæo. At cur caussis gravioribus, inquies, brevius tempus indulgetur? Cuiac. 17. *Obs.* 23. Resp. quia caussæ privatæ multo sæpe obscuriores Cic. 2. *de Oratore*. Melius alii ex reorum favore statutum esse, ne diutius affligantur, ac interim situ carceris ac squalore conficiantur, Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 1. Nicol. Sudor. *Lib.* 1. *Disp. civil. pag.* 24. Et quia executionem non protrahi & reorum in carcerem impactorum & Principis & populi & omnium denique ad exemplum publice interest. P. Fab. *ad L.* 155. §. *ult. de R. I. pag.* 632. add. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 12. *n.* 19. *& seq.* Tametsi Bodin. 4. *de Rep.* 6. *n.* 464. tardissime ad capitales sententias veniendum esse, tum ne præcipiti temeritate sententia de morte hominis feratur, tum ut vel pœnitentia admissi, vel pœna graviori quo longius exacta aliis fructum de se facinorosi præbeant. Sane festinatio nimia in his tanto periculosior, quanto pretiosior iactura vitæ, quam bonorum reparabilis amissio, vid. Ian. Langlæ. 11. *semestr.* 2. Ast certe *d. L. ult.* tota in favorem reorum accusatorum lata, quippe iubens ni intra biennium reum peragat accusator, ab accusatione illum absolvi: Unde & pœnæ in accusatorem statutæ *L.* 1. *&* 2. *C. eod* leniores tamen aliquanto quam si de rei innocentia constiterit, aut calumnia pateflat. Nam & hic reus ab instantia absolvitur, ac ab alio denuo accusari potest, opinor, cum secus sit, si definitive absolvatur *L.* 7. §. 2. *D. de accus.* Olim annus fuit. Quomodo *Lib.* 9. *C Theod. tit.* 36. *ut intra annum criminal. quæst. term.* Cuius vestigium in *L.* 7. *pr. de muner. L.* 15. §. *pen.* (ubi verba: *vel biennio* a Triboniano adiecta) *ad SC. Turpil.* vid. Cuiac. 1. *Observ.* 8. *& div. temp. præscript.* C. 21.

Digitized by Google

biennium excedat: In pecuniariis caussis, ne lis excedat [14] triennium. Nec vult referre, qualis sit iudex, magistratusne, an privatus qui a magistratu aut Principe datus sit. Duas caussas [15] excipit: Fiscales, & publicarum functionum caussas, propter utilitatem publicam videlicet. Hoc in principio legis. Ni intra hoc tempus litem dirimat iudex, cavit reliqua constitutione, ne esset impune. Atque hæc est in eo eius constitutionis summa.

XI. Quoniam non solum fieri poterat, ut staret per iudicem, quominus lis intra tempus suprascriptum finiretur: sed etiam staret per alios, quorum vel præsentia, vel opera in lite necessaria est: ut litigatores, tutores, curatoresve litigatorum, item patronorum caussæ: hos omnes persecutus cavit in singulis, quid fieri oporter, si quid fieret per eos, quominus lis ad exitum perveniret intra constitutum tempus. In eoque hunc ordinem secutus est: Si per actorem, reumve stabit, dum alteruter aberit, & sui potestatem non faciet, cavet quid facto sit opus in §. *& siquidem*, & §. *fin. autem reus*. De quo dicam postea opportuniore loco. Si stabit per iudicem, aut patronos caussæ deinceps pœnam adversus eos constituit. §. *in illo*. Extremo loco cavet de tutoribus, & curatoribus, & hoc constituit. ut si per eos stabit, res geratur adversus pupillum, eumve, cuius de re agitur, eodem modo quo agi solet adversus cæteros litigatores, qui absunt, eundemque isti litis exitum patiantur, quem cæteri, id est, ut ordine edictorum peracto, de caussa cognoscatur, & pronuncietur, tum sententia rata sit, nisi ab ea provocetur. Hoc est enim quod Iustinianus dicit: Etsi caussa minorum est, lis nihilominus suum habebit vigorem. Habet lis, & instantia suum vigorem, id est, suam vim, & suum tenorem, cum eodem modo peragitur, itemque valet adversus minores, quo peragitur, quodque valet adversus maiores. Sed de periculo litis Iustinianus ita cavet, ut hoc tutores sustineant, si solvendo sint: si non sint, ut minores, qui culpa tutorum, curatorumve victi sunt, in integrum restituantur: hoc in §. *ult*. Hæc indicare de sententia constitutionis mihi visum est satis. Cætera nullo negotio ex ipsa constitutione peti possunt. Sed existit ex ea dubitatio. Iubet Iustinianus in initio, ne lites ultra triennium protrahantur. Quid fiet, si lis intra hoc tempus finita non fuerit? Puto [16] finiri instantiam, & ipso iure utrumque ex litigatoribus absolutum esse iudicii observatione ita, ut si iudex postea iudicet, iudicatum litigatores non teneat. Ita si de re quis agi velit, novo iudicio opus esse, argument. *L. non dubiam, C. de legib.* Quod ego sic interpretor, si litigatores velint hunc esse rei exitum: Quod si consentiant post triennium, ut iudex idem sententiam ferat, sine nova inter-

14) Quod cum Iustinianus se primum præfinire præ se ferat *d. L.* 13. *pr.* eum vel Tribonianum quod Domino suo id falso adscribat arguit Ræv. 4. *Var.* 14. enim ex Sidonio Apollinari (qui vixit tempore Zenonis) *Lib.* 8 *Epist.* 6. constet eo iure ante quoque Romanos usos esse. Sed refellitur a Cuiacio 9. *Observ.* 24. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* ac Io. Savarone *Comm. ad Sidon. d. loc.* quia locus Sidonii loquitur de præscriptione 30. annorum & ibi non *triennii* legendum sed *tricennii*. Sed videntur 20. solum dies controversiis civilibus & criminalibus tributi *L. un. §. ult. C. ut om. iud. tam civ. quam mil.* Respon Sudor. *Lib.* 1. *Disput. civil. pag.* 25 ibi iudicis mulctam statui, non litigatorum, nec inde oriri litis peremptionem. Potius dico contineri exceptionem (a regula generali) *d. §. ult.* de litibus motis iudicibus provincialibus post depositum officium. Qui cum non cogantur manere in provincia ultra 50. dies, intra id tempus & brevius quidem *huiusmodi* (quæ vocula in *d. §. ult.* notanda) lites terminandæ.

15) Quibus sex menses tributi *L. ult. C. de iure fisci*, Cuiac. *de Diu. temp. præscript. C.* 18. In caussis quoque clericorum tempus brevius, duorum mensium *Nov.* 83. *præfat. §. ult.*

16) Iure Canonico vero instantia omnis perpetua *C. pen. de iudic. & simil.* Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 12. Vestr. *Pract. Rom. Lib.* 3. C. 5. Inveteratoque iudiciorum abusu dispositio *d. L. properandum* nec in Camera Imperiali, nec in aliis curiis totius, credo, orbis Christiani servatur, testantibus Mynf. 1. *Observ.* 51. *n.* 8. *&* 2. *Obs.* 48. *&* 3. *Obs.* 44 *in fin.* Gail. 1. *Observ.* 141. *n.* 7. Hartm. Hartm. *Obs. mis. C.* 1. *Obs.* 16. Vestr. *d. Lib.* 3. *Cap.* 5. ibique Gravat. *in annot.* Gutierrez. *de iuram. confirmat. P.* 3. *C.* 5. *n.* 4. Wesenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 46. *& Cons.* 5. *n.* 42. Beust. *ad L.* 1. *D. de iureiur. n.* 81. Frideric. Schenck. L. Baro a Tautenberg. *Progymnas. fori Lib.* 2. *Tit.* 14 Io Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Camer.* 16. *n.* 2. *& Tomo* 4. *Decis.* 22. *n.* 36. Quotquot denique cuiuscunque gentis, cui modo iuris nostri sua constat auctoritas, auctores de hac materia instantiæ, ut ea currat vel perimatur, ad successores transeat &c. tractant, idem agnoscere videntur. Tractant de ea præcipue (quid enim referrem eos qui perfunctorie?) Anton. Sola *in Constit. antiq. Sabaud. rubr. de iudiciis decreto ad caussarum Castillo Contr. quotid. Cap.* 9. late Ioan. Bapt. Asin *Praxi iudic. princip. §.* 1. *&* 2. Gutierrez. 2. *d. P.* 3. *Cap.* 5. Menoch 1. *Arb. Q.* 21. *& seq. & Recup. possess. Remed.* 1. *n.* 229. *& seq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 9. *n.* 6. *pag.* 268. *& seqq.* Vant. *Titul de Nullit. ex defectu iurisd. n.* 115. *usque ad n.* 128. Odd. *de Restit. in int. Q.* 67. *Art.* 1. Mynf. 3. *Observ.* 44. *& seqq.* Afflict. *Decis.* 346. Grammatic. *Decis.* 67. *&* 91. Sixtin. *Cons. Marpurg.* 10. *Vol.* 3. Instantia a lite quid differat vid. Don. *ad L.* 4. *C. de pact. n.* 6. Quanquam vero triennium istud nimis breve putet Frid. Schenck. *d. Tit.* 14 tamen si iudiciorum ordo prisco vigori & nitori restitueretur, satis id longum foret. Verum, ut nunc res sunt, id vix sperare integrum,

.... Sero etenim medicina paratur.
Cum mala per longas invaluere moras.

vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. Ubi C. 15. quibus artibus hodie lis extrahi possit, quæ utinam non nimis notæ essent tabulariis, & C. 16 caussas speciales litium protelationis in Camera imperiali percenset, ob quas id tempus, in hoc rerum statu, servari impossibile.

interpellatione, & iudex sese det, puto sententiam [17] valere, *argum. L.* 2. *§. si & iudex, D. de iudic.* Etsi enim quod fit contra legem, pro infecto habendum est. *d. L. non dubium*. Tamen pro utilitate communi constitutum est, ut peragatur lis intra triennium, quo celerius sine incommodo litigatores suum consequantur. Id maliciosa interpretatione in eorum pernitiem vertere non debemus, *L. nulla, D. de legib.*

17) Ita Walther. 1. *Miscell.* 20. consensu partis utriusque instantiam prorogari posse. Contra Hot. *ad d. L.* 13. quia magis hoc pro communi utilitate statutum, quam commodis privatorum. Perempta instantia an maneat effectus litis contestationis quoad perpetuationem actionis, vid. Nicol. Valla *de Reb. Dub. Tr.* 15. Gifan *ad L.* 33. *de O. & A. n.* 7. qui negant.

C A P. I I.

Iudicare quid sit, iudicem in iudicando id servare debere, quod ius & leges iubent, ac quid fiat, si ius scriptum videbitur pugnare cum æquitate, quid sit ius, quid æquitas. *ad L. placuit, C. de iud.*

Iudicare esse idem, quod controversiæ finem imponere condemnatione vel absolutione. I.
Quilibet iudex sive magistratus iudicare debet, prout iubent leges aut mores. II.
Ubi ius scriptum ab æquitate dissentiat, hunc illi præferri oportere. L. placuit 8. C. de indic. *exponitur.* III. V. VI. & seqq.
Propositum auctoris, & ordo rerum. IV.
Quid sit ius, quid æquitas; quid hæc ab illo distet, illustratur exemplis. V.
Superiori definitioni contraria diluuntur. VII. VIII.

I. Postquam convenit ita esse iudicis iudicare, de qua re cognovit, ut eum inre id facere oporteat: reliquum est, videamus, quid sit iudicare, ut sciatur, quid iudici eo verbo iniungatur: tum nunquid sit, quod eum in iudicando observare conveniat. Iudicare dictum esse vult Varro a iure, & dicendo, ut sit ius dicere de re controversa. Apertius Modestinus in *L.* 1. *D. de re iud.* quid contineretur hoc verbo, declaravit. Etenim rem iudicatam esse definiens eam, quæ finem controversiæ accepit pronunciatione indicis, satis ostendit rem iudicare, esse pronunciare, seu sententiam ferre de re controversa ita, ut ea pronunciatione, & sententia, si quis eam sequi velit, finis liti & controversiæ imponatur. Ut autem res finem accipiat controversiarum, Modestinus eodem loco docet ita contingere, si iudex reum condemnet, aut absolvat. Et hoc est ius dicere, quod eo verbo contineri Varro dicit. Est enim iuris iubere aut vetare. *L.* 2. *L. legis, D. de legi.* Index autem condemnando iubet reum dare, aut facere, quod petitur: absolvendo, ab eo peti vetat: atque hoc modo quasi ius statuit. Sed ut imponatur finis controversiæ, fit etiam boc pacto, si etiam rem iudex, aut quantitatem dicat, in qua reum condemnet. Nam quæ sententia incerta est, ea non dirimit controversiam, sed eam quæ est, relinquit, vel auget etiam. Sed de hac definitione dixi exactius ad *L.* 1. *D. de re iud.* Hæc vero duo, quæ dixi modo, ita sunt propria iudicii, & sententiæ, ut non modo sine bis non sit sententia, (ex quo illa, non valere sententiam, quæ condemnationem, vel absolutionem non continet. *L.* 3. *C. de senten. & interloc. omn. iud.* Item, sine certa quantitate factam condemnationem rei iudicatæ auctoritate non censeri. *L. penult. & ult. & tot. tit. C. de senten. quæ sine cer. quantitat. prof.*) sed etiam hoc vice versa valeat, ut si hæc duo interveniant, tum intelligatur sententia dicta esse, & res iudicata. *d. L.* 1. *D. de re iudic.*

II. Sed male se res habeat, si permittatur iudici, ut quo velit modo, ita iudicet, & sententiam ferat. Itaque refert iure & qualem sententiam dicat, & quomodo dicat, idest, quo ritu, quibusve adhibitis solemnibus: de qua re demum dicam libro horum commentariorum ultimo capite 3. Nunc in genere sententiæ hoc exigitur, ut iuste iudicet: idest, ita ut [1] ius & leges iubent. Non enim temere

1) Ac perpluribus locis iubentur secundum leges iudicare *Nov.* 24. *C.* 2. *Nov.* 25. *C.* 2. *princ. & §. ult. N.* 26. *C.* 3. *N.* 79. *C.* 1. *N.* 86. *C.* 1. *& C.* 3. *in fin. Nov.* 113. *præfat. & C.* 1. *pr. ac §.* 1. *& C.* 2. *N.* 125. *C.* 1. *Nov.* 149. *C.* 1.

mere est, quod exigitur, ut ante omnia caussam cognoscat. Hoc sine dubio eo spectat, ut re bene cognita ita deinde iudicet, ut rei cuiusque qualitas postulare videbitur. Quod tamen initio nobis constituendum videtur, primum quia sunt, qui

C. 1. Quod & districte ac gravi pœnæ comminatione præcipitur in constitutione Leonis & Alea. *Impp. Orientis*. Hinc indices iu leges iurabant, vid. *supra Lib.* 24 *C.* 3. *N.* 3. Scite Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. ita iudicari oportet, ut lex ipsa si loqui posset iudicaret, ut sit Lex quasi anima iudicis, iudex quasi vox legis: add *not. h. C. N.* 5. Ex iure itaque certo; quoad eius fieri potest, litem iudex dirimat. Ubi primo leges municipales ac constitutiones provinciales, si quæ ad propositam caussam pertineant, attendat Gail. 1. *Obs.* 36. *n.* 12. *& seq.* vid Ant. Sola *ad constit. Saband. Proœm. decretor. gl.* 4 (Ubi *n.* 50. quod tantum possit L. municipalis apud suos subditos quantum universalis in toto orbe) Gutierrez *de Iuram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 70. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 42. *& seqq.* Forner. 1. *Select.* 13. ubi errare ostendit qui usum populi ac consuetudinem pro lege municipali censent. Sed si ius commune corrigant, stricte interpretandæ, nec facile protrahendæ ad casus similes, ut DD. vulgo Alb a Rosate *Lib.* 1. *de Statut.* Q. 9. Gail. 2. *Obs.* 33 *n.* 9. Schrad. *de Feud. P.* 7 *Cap* 5 *n.* 67. quibus contradicit Duar. *ad L.* 3. *de acq. poss.* licet minus apte inde stricti iuris vocitentur; Turamin. *Lib. sing. de Legibus P.* 3. *C* 5. n. 17. *& seqq.* cum distinctio bonæ fidei & stricti iuris actionum & contractuum propria nulli legi communi vel particulari conveniat &c. Ut tamen ita interpretatio fiat ne sit supervacua, sed ut aliquid ultra iuris communis dispositionem operentur, post alios Schrad. *d. P.* 7, *C.* 4. *n.* 53 *& C.* 7. *n.* 35. nisi eainde quis indebite læderetur, ubi potius esset, ut superflua sit quam capriosa & iniuriosa, Gail. 2. *Obs.* 33. *n.* 7. sed & in iisdem usus loquendi prævalet propriæ significationi, Tiraquel. *de Retr. lign* §. 2. *gl.* 1. *n.* 5. *&* 6. Sichard. *ad L.* 1. *Cod. de institur. cal. n.* 12. *& seq.* Gail. 2. *Obs.* 70. *n.* 5. Postbæc consuetudines locorum, ubi vigent observandæ, text. *L.* 3. *Cod. de ædific. privat. Cap.* 3. *de eo qui mitt in poss.* Schurf. *Cent.* 3. *Cons.* 51. *n.* 4 Gail. 1. *Obs.* 36. *n.* 12. *& seqq.* Meichsner. *Tomo* 4 *Decis Cam* 37. *n.* 21. *& seqq.* Et iuxta eas iudicandum, si notoriæ, etsi non allegatæ Gail. *d Obs.* 36. *n.* 16. Gutierrez *d Cap.* 70. *n.* 3. Quia ait *ibid.* n. 6. quod notorium, etsi non probandum, allegandum tamen sit, procedit ad finem prosequendi, non ad finem notitiæ, quæ alias habetur, add. *not. infra Lib.* 18. *Cap.* 4. *N.* 5, Ubi autem non notoria sententia contra lata iure non est nulla. Alb. a Rosate, *Lib.* 2. *de Statutis* Q. 195. Bald Perusin. *Tr. de Statutis v. index n* 4. Ortol. Forman *Disput. Instit.* 36. *Thes.* 1. *lit. B* Doctori de consuetudine asserenti, an credatur, vid. Myns. 6. *Obs.* 68 Differt autem a consuetudine stilus iudicii seu Curiæ qui nihil merita caussæ attinens in ordine iudicii moderando & exercendo versatur, ut post Decian. *Lib.* 1. *Consil* 11. *n* 161. Iacob. Schult. *Obs. forens* 6. *n.* 1. Eiusdem vero observandi necessitatem non minorem iudici iniungunt: ut præter citatos a Schul. *d. Obs.* 6. *n.* 2. *&* 3. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 297. *& Lib.* 3. *Decis.* 401. n. 32. Anton. de Gamma *Decis.* 17, *n.* 7. ubi quod vim legis obtineat & quod faciat ius, ubi lex non reperitur contraria, Fr. Curt. *senior. Cons.* 65. *n* 10. quod pro lege allegari possit & det formam quæ omitti non debeat, Io P. Surd. *Lib.* 2. *Decis.* 135. *n.* 2 Et plura de eo Guid. Papæ *Dec.* 198 Menoch. 7. *Præsumpt.* 8. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 2. *Decis. Cam. n.* 3. *n.* 33. Quæ autem necessaria ad probandum stilum Curiæ vid. Peregrin. Iannin. *Lib.* 1. *de C'sot reali Cap.* 1. *n.* 72. *& seqq.* Ex horum neutro si lis dirimi possit veniendum ad ius commune. Enimvero etiã in ditionibus his cessantibus statutis locorum & constitutionibus Provincialibus prior ratio iuris Saxonum communis, non tamen aliter id observari quam quatenus usu Curiarum receptum est, ut vera eius cognitio magis ea praxi forensi quam libris vulgatis addiscatur, monet post Hart. Pist. *Par.* 1. Q. 16. *n* 11. & alibi Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 20. Iac. Schult. *Obs. forens.* 54. *n.* 19 *&* Q. *pract.* 2. *n* 17. And. Scheffer *P.* 2. Q. *pract.* 14. Iac. Aleman. *Consult.* 2. *pag.* 78. *& Cons.* 6. *pag.* 299. Et ubi obscurius, iuxta ius commune interpretandum *Nov. elect* 45. *P.* 2. Confer de iuris Saxonici origine &c. P. Heig. *P.* 1. Q. 8 Ius commune dum dico, constitutiones quoque Imperatorum nostrorum novissimas & recessus imperii ac Comitiorum &c. comprehendo. In quorum defectu demum ad libros iuris Iustinianei iudicanti securrendum: de quibus *supra Lib.* 1. *C.* 11. Quod ius commune & alii, qui superiorem hodie Imperatoribus non profitentur vocant, vid. *supra Lib.* 1. *Cap* 16. *N.* 7. & nos fortiori ratione, quod a Lothario Saxone Imperatore restitutum sit & a sequentibus Imperatoribus comprobatum. Pari vero loco non habendæ *Novellæ Leonis* tum quod non pariter restitutæ a Lothario, tum quod in imperio Occidentis vim legis nunquam habuerint. Ant. Guibert. *de Sponsal. Cap.* 2. *n.* 18. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 274. Nam alius eo tempore Occidentis imperio præfuit σύγχρονος Leoni Carolus Crassus, vid. Cuspianus *in eius Vita & histor. Carionis*. Adhæc eædem nec apud suos subditos sitis valuerunt, Cuiac. 17. *Observ.* 31. Sc. Gentil. 4. *de Don. int. vir.* 23. cum multa in illis fiducia Philosophiæ temere innovata sint, Gœd. *d. loc.* & Alber. Gentil 2. *Lect.* 2. *&* 5. *de Nupt.* 6. qui corruptas sæpius esse leges Iustiniani quam correctas iudicat, quod rationem earum Leo non perceperit. Ita enim Mich. Attalıta *Synops post. tit.* 95. *fol* 77. Novellas complures edidit (Leo Imperator) sed robur nullum obtinuerunt, præter istas quæ legibus aliis non exstantibus scriptæ vel in appendicem prætermissorum in Novellis Iustiniani factæ. Verba Græca refert Cuiac. *d. Cap.* 31. Nec tamen dicendum est ac si eæ quæ ius vetus explicant, aut supplent, auctoritatem iuris apud nos etiam habeant ut velle videtur Cuiacius. Defecit enim omnimodo sancientis potestas, qui leges non subditis nunquam dixit, nec potuit *L. ultim. de iurisdict* Nec ad aliud igitur nobis prosunt quam ad illustrandum & interpretandum quandoque locos obscuros. Quod idem de libris βασιλικῶν, quorum idem Leo auctor, Cuiac. 6. *Obs.* 9. iudicium est Gœddei *ad Rub. de V. S. n* 31. *&* Val. Guil. Forst *in Delineatione auctoritatis iuridicæ*. Minus tribuendum Paraphrasi Institutionum Theophili. Quem etsi valde commendent Cont. 1. *Disp.* 1. *n* 1. *&* 2. *Subsec. Lect.* 1. Cuiac. 27. *Obs* 22. *&* Christoph. Hegendorfin. *Epis. tyrocin civilis*, pro commentatore tamen solum optimo venditant. In quo ipso tamen aliis, haut scio an non ex merito, aliud visum est Connano 2. *Comm.* 15. *n* 13 *&* 9. *Comm* 7. n. 4 Ant. Aug. 4. *Emend.* 8. Claud. David *Fasciat. legali ad* §. 1. *I. de iure nat. gent. & civ.* Curt. 2. *Coniect. ad fr.* 49. Neque enim is est qui socius Triboniano, sed auctor recentior, ut A. Gentil. 5. *de Nupt.* 11. & Christoph Milæus *de Scribenda universit. rer. historia Lib* 5. *pag.* 381. qui ad Michaelis Ducæ Imperatoris Græco Romani tempora eas institutiones refert. Sicuti & Harmenopulo aliisque Græcis interpretibus fidem in pluribus plerique derogant, Don. *de Præsc. verb. C.* 22. *n.* 4. *& ad Rub. D. de cond. triatic. n.* 9. Hotom. *ad L.* 1. *C. de iud.* Forner. 2. *Select.* 18. *in fin.* Muret. *Obser. iur.* 2. Ræv. *ad L.* 3. *de R. I.* Forst. iunior. *de Pact. C.* 8. *pag.* 255. *& in Delineat. auct. iurid.* Contra quam Cuiac. passim. P. Fab. *ad L.* 161. *de R. I. pag.* 669. Merces. *in Conciliatore pag. m* 705. Nec nimis quoque indulgendum iis, qui fragmentis C. Theodosiani, Gregoriani &c. ac quæ iis adiuncta habentur ad emendationem librorum iuris Iustinianei nimiopere utuntur, licet usus moderatus admitti possit. Auctoritas vero iuris nulla in litibus definiendis, uti nec reliquis ex Ulpiani titulis, & Pauli sententiis Quos & pro collectaneis ab anonymo congestis, nec genuinis operibus Ulpiani & Pauli habet P. Greg 42. *Synt.* 20. *n.* 4. Etsi illas (Ulpiani) genuinas censeat Pithœ. *in Not. Lib.* 2 *Collat. LL. Mo aic.* Has autem (Pauli sententias ita ab epitomatore deformatas esse, ut si cum his quæ in Pandectis sumptæ sunt ex eodem libro, conferantur, diversa omnino videantur, scribit Cont. 1. *Sub er. Lect.* 4. *n.* 5. Nec Caii Institutionibus. De quibus quid habendum, vid. *not. supra Lib.* 4. *Cap.* 36. *N.* 2 Utut genuina opera essent, auctores privatos habent, non legislatores. Multo minus Poetarum aut Philosophorum sententiæ & præcepta ethica vim legis obtinent, ne quidem in casibus per leges non decisis, ut contra Paul. Castrens. Forster. iunior. *supra de Delineat. auct. iurisdict.* etsi non improbandum eorum studium, qui ad illustrandum ius nostrum eiusque principia moderate adhibent. Nunquid autem & rubricæ ad decisionem caussarum allegari possint, & quando, cum nempe a dictione *ut* vel *ne* incipiunt, non si a verbo *nn* & cum perfectam orationem habent, ubi & capita subiecta nigrum vocant, dilucidationem ex rubro accipere notint, vid. Bald. Perusin. *Tr. de Statutis v. Rubrica* Sneidvin. *in Rub. I. de act.* n. 9. *& n.* 11. *& seqq.* Speckh. *Cent.* 2. Q. 92.

Digitized by Google

qui dubitent de maioribus magistratibus: deinde quia exsistit interdum dubitatio, quid fiat, si ius scriptum pugnet cum æquitate. Et de officio iudicis, in hac re ita diserte scriptum est in principio tituli de officio iudic. *Et quidem imprimis illud* *obser-*

Q. 92. Beust. *ad Rub. D. de iurei. n.* 27. Turamin. *ad L. non puto* 10. *de iure fisci P.* 1. C. 4. *n.* 35. Rubrica vox illatina non est, ceu putat Vacon. 5. *Declar.* 65. quippe usurpata olim Persio *sat.* 5. v. 90.

...... *Masuri rubrica notavit.*

Prudent. *Lib.* 2. *contra Symmach.* Quintil. *Lib.* 12. *Cap.* 3. vid Turneb. 4. *Adv.* 5. item Sidonio *Lib.* 7. *Epist.* 12. *& Lib.* 8. *C.* 6 peremptorias rubricas vocanti & Iurisconsulto Paulo *L.* 2. §. *ult. de interd* Dicta quod titulus cocco aut minio ruberet, Cuiac *ante Parat. D.* Turneb. *d. C.* 5. Casaub. *Comm. ad Pers. d. loc pag.* 418. Ioan. Savaro *Comm. ad Sidon. d. Epist* 12. sive quod veteres colore phœnicio titulos notarent, in honorem Phœnicum qui inventores litterarum, ut Rain. Corf. 2. *Indag.* 15 sive ut viderentur leges sanguineum quiddam & horrendum minari, ut Christoph. Coler. *Parerg. C.* 37. Plane in rubricis quædam sæpe omitti, quæ ex superioribus titulis intelligi debent, notat Duar. *ad Tit D. de verb. & pup. C.* 1. Ex gr. de *confessis* scilicet in iudicio, de *pollicitationibus*, scilicet quæ Reipublicæ caussa fiunt, *& in Cod. de verbor. Signif.* scilicet in testamentis, &c. Postremo de legibus Mosaicis quæri posset, an & quæ illis in nostro foro auctoritas? Nulla fere aut modica, nisi si in novo fœdere repetitæ, vel per legislatorem approbatæ. Quo de vid. Menoch *Arb. Cap* 290. *n.* 10 *& Cap.* 357. *n.* 17. Tiraq. *de utroque Retr. in Præfat. n.* 8. *& seq.* Balduin. *in Prolegom. de Iure civili*, Ioach. Steph. 1. *de Iurisd. Iuda. Græc. & C.* 10. *n* 45 Gœd. *de Contr. stip C.* 7. *n.* 292. *& seqq.* Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 35. item alii: fuse Dominic. Soto *de Iust. & iur. Lib.* n. *toto.* Min. Cels. *de Heret. Cap. supplic. non affic. Sect.* 3. *p.* 183. *& seqq* Danæ. 5. *Polit. Christ.* 2. Io. Gethard. *Polit.* Q. Q. *Decade* 5. Q. 7. Num caussæ Iudæorum iuxta illas an Romanas LL. iudicandæ, Tiraq *de Iure primigen.* Q. 66. Laurus de Palatiis *Comm. super Statut. exclud. ultim. n.* 253. *& seqq.* Ioan. Petr. Sord. *Decis.* 133. Speckhan. *Cent.* 2. *Class.* 1. Q. 18. Satis de his. Quid si ius certum deficiat? A communi opinione non facile discedendum iudicavi. Cui tantum quidam tribuunt, ut si contra iudicaverit, litem suam facere ac parti læsæ teneri ad interesse, censeant post alios citatos Wes. *Cons.* 88 *n.* 25 Freher. *Lib.* 1. *de Fama Cap.* 2. *n.* 10. add. Toming. *Decis.* 23. *n.* 15. Rebuff. *Privil. scholar.* 72. Suartzenth. *ad L. nemo C. de sent. & interl. n.* 108. *& seq.* Lanc. Conrad. *de Off. prat. in cau. civ. v. Sententia n.* 21. *& seq. &* n. 32. *ac* 2. *seqq.* & ad hoc plures allegat Ia. Schul. *ad Mod. Pist. P.* 3. Q. 226. n. 18. Quod ipsum tum iuris auctoritate comprobari potest *L.* 1. *in fi. pr. de off.* Q. *L.* 4. *pr. de his qui not. inf. L. ita* 51. *pr.* verb. *dicitur vulgo ad L. Aquil. L.* 12. §. *sed si* 27. *de instr. leg.* verb. quam sententiam quotidie increbescere & invalescere videmus *C. sunt nonnulli* 25. *v. tantorum patrum Cap.* 16. Q. 1. *C. ne innitaris* 5. *de constit. C.* 1. *ibi non lego &c. extra de decimis C.* 2. *ibi*: doctorum patrum sententiam teneat, *extra de presbyt. non baptiz. C. novimus* ibi: opinio a pluribus approbata *de V. S. & simil.* tum evidenti ratione & utilitate non caret. Quippe facilius veritas invenitur, quam plures perquirunt & investigant *L. ult. C. de fideicom. C. ult. dist.* 20. & integrum iudicium habetur, quod plurium sententiis comprobatur, *Clem.* 1. verf *quod etiam de sent. excom.* Atque ut Arist. 3. *Polit* 11. sicuti cœna collatis plurium symbolis apparata melior, quam quæ unius erogatione, ita iudicium multorum peritorum & expertium de operibus artis suæ acrius meliusque, cum in unum omnes collati veluti unus homo, sed cui plures oculi manus, pedes, sensusque, considerentur. Id quod de iure nostro præcipue dici poterit. Cum enim & eius principia in ratione naturæ, quæ omnibus communis, ducantur ac profluant, & contentiones illæ iuris controversi ad eadem, quoad eius fieri potest, reducendæ sint, quantumvis magna ingeniorum ac iudiciorum sit diversitas, indeque opinionum varietas, si tamen plures primæ notæ & nominis, bene a natura, melius a doctrina, instituti & effecti idem sentiant tutius itidem, quam singulis contra sentientibus credi, probabile est. add. Mercer. *in Conciliat. p.* 746. *& seq.* Toming *Decis* 23. *n* 16. Langlæ. 7. *Semestr.* 10. *pag.* 371. Verum hic tum cautio adhibenda in recte definienda communi opinione. Quæ non utique omnino ex numero opinantium æstimanda, sed auctoritate ac pondere melioris notæ primique nominis interpretum ducenda, Blaret. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 51. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 40. *& seq.* Pacian. *Cons.* 33. *n.* 4 Georg. Mor. *de Iure venandi P.* 1. *C.* 2. n. 7. Raudens. *Decis.* 1. *n.* 12. Neque hic in calculo ineundo qui quid obiter, ac perfunctorie attigerunt, aliorumque opinationes inde secuti, easve incidenter ad aliud propositum accommodaverunt numerum augere dicendi, sed qui re discussa & examinata in aliquam sententiam devenerunt. Probatiorque existimanda, quam 6. vel 7. materiam istam plenius & ex professo tractantes prodidere, quam quæ a 50. aliis, sola fere auctoritate priorum nixia asseritur, vid. Alc. 4. *Parerg.* 12. Alb. Gentil. 3. *Lect.* 17 Menoch. *d. Præs.* 71. n. 40. Io. P. Surd. *Decis.* 322. n. 82. H. Pist. *Lib.* 3. Q. 23. *n.* 35. *& seq. & Lib.* 4 Q. 19. n. 18. Confer Iacob. Cruquius *in Præfat. Rav Triboniano præfixa.* Hoc modo si æstimatur: iure meritoque ei in iudiciis sua constat auctoritas: nec est quod quisquam de eo iuste queratur, nisi eandem non speciosis & subtilibus argutiis impetere (quid enim est in universo iure quod impeti ita nequeat) sed evidentissima legis aut certissima rationis auctoritate evertere possit; de quo mox Plures enim certo iudicio rem expendentes labi & errare difficilius quam pauciores, tutiusque, & ut Plin. *in Paneg. melius omnibus quam singulis creditur.* Cæterum si communis absolute dicitur cui plures quoquo modo adstipulatores, de ea haud iniquæ multorum querelæ. Quomodo Zas. *in L.* 2. *de O. I* & ex eo Contard. *in L. diffamari C.* 5. n. 113 communes opiniones ex favore conspirato prodiisse, dum quæ ab aliis scripta, negligentia non expendentes aliis tradidere, & hi item aliis, ut non tam ex animi ratione quam alienis vocibus colligantur. Et Greg. Lopez. *Præfat. Lib sing. nuimadv & C.* 7. *n.* 1. dum transferendis aliorum sententiis paginas impleruntt Doctores, inde communes opiniones plerasque, & sæpe falsissimas natas esse, quæ leges in potestatem suam perduxerint. Turamin *ad L. non puto* 10. *de iure fisci P.* 1. *C.* 3 *n* 12 deplorandam miseriam vocat, quod in numeratione librorum, non argumentorum examine novissimorum industria versetur Quomodo & olim Dec. *Cons.* 104. & ex eo Contardi *d. n.* 113. Ang Matthæac. *Lib* 2. *de Via iuris C. ult. n.* 9. & Georg. Mor *de Iure venandi P.* 1. *C* 2 *n.* 7 quod DD instar ovium ad præcursum, aut avium ad volatum anterioris, alii alios sine iudicio sequantur. TUM MODERATIO. Nam etsi ita, ut superius, acceptæ non vilis auctoritas, non tamen usque adeo sui valitura momento, ut aut legem vincat aut rationem. Sæpissime enim maximo consensu nostrorum traditum est eius, quæ evidenter falsa, quæ lege convinci aut ratione meliori, urgentique ac vehementi convelli potest, rationem in iudicando habendam non esse, Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4 *n.* 43. Sarment. 2. *Select. Interpret.* 10. *n.* 3. Scala 4. *de Consil. sap.* 24. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 24. Iac. Omphal. *Lib.* 6. *de Usurpat. legum C.* 11. Georg. Mor. *de Iure venandi P.* 1. *Cap.* 2. n. 6. Matthæac 2. *de Via iur. ult.* Petr. Aug. Morla. *Emporii iur. Parte* 1. *Tit.* 2. Q. 5 n. 6. Contard. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 113. Coler. *d. Process. P.* 1. *Cap.* 6. *n.* 91. *& P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 36. *& seq. & Cons.* 8. *n.* 105. Wesenbec. *Cons.* 2 *n.* 5. *&* 6. H. Pist. *Lib.* 3 *Quæst.* 28. n. 23 *& seqq.* (addens etsi Imperator ipse sit in contraria sententia, argum. *L* 38 *de minor.* sicuti & Aiumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 13. *n.* 33.) Viv. *Lib* 4. *Decis.* 424. *n.* 3. Raudens. *Decis.* 1. n. 118. Gail 1. *Obs.* 153. *n* 6. Toming *Decis.* 4. *n.* 12. *& Decis.* 48 n. 12. *& seq.* Andr. Goldbecc. *de Success. Gerada Sax. Tit. de Success. cognat. descend. n.* 33. Atque hæc ipsa est communis, quod pauciorum aut singularis opinio fortiori ratione subnixa communi potior esse debeat, testantibus Cort. Inn. *Cons.* 63. *n.* 3. *& Cons.* 160. *n.* 11. Gravat. *ad Pract. Vestri Lib.* 4. *C.* 5. *lit. A* Turamin. *ad L. non puto* 10. *de iure fisci P.* 1. *C* 3 *n* 21. *& seq* Cui ipsius Imperatoris Iustiniani iudicium suffragatur *constit. Deo auctore* §. *sed neque ex multitudine* 6. *de concept. Dig.* ut & Pontificis Clementis III. *C. capellanus* 3. *extra de feriis* facit. *C. ult. distinct.* 9 Neque tamen hæc ita accipienda, ut lusoria fiat receptæ opinionis auctoritas, tanquam iudex contra eam pronuncians audiendus sit, si nude afferat se meliori ratione

observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. In Novel. 115. *ut cum de ap. cog.* §. 1. & *in authent. iubemus, C. de iud.* hæc item verba sunt: *Causæ cognitor non amplius exspectans sententiam proferat omnibus modis legibus & moribus convenientem.* Sed de præfidibus & summis præfecturis nonnulli [2] putaut hoc iuris esse, ut iudicare possint, prout eis æquum visum fuerit, etiam si contra ius propter ea quæ leguntur in *Auth. hodie, C. de iud.* verba sunt hæc: *Hodie iurant se facturos secundum quod eis visum fuerit iustius & melius.* In constitutione Novella Iustinianus 9. unde hæc sum-

tione victum illam post habuisse. Neque eo ipso innovatoribus, qui ea, quibus certa semper constitit interpretatio, immotare temeraria fiducia annituntur, quidquam tribui censendum est. Plane cum fere in scholis nascantur, pubescant, senescant, crescant, intereant communes opiniones, quæ exinde in iudicia exeunt: inde evenit, ut iuxta temporum varietatem varient, & quæ prius adversa communi, postea fiat probatior, ex Mat. Salomon. *in Repet.* §. *responsa* 7. *Instit. de iur. nat. gent.* Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 4. Mathæsc. 2. *de Via iur. ult. n.* 8. Petr. Heig *P.* 1. *Q.* 26 *n.* 46. Quid si in varietate sententiarum nescitur quæ sit communis? Sæpius enim de eo contentiones & testificationes discrepantes. Sunt qui casua pro amicis hic statuant, ut iudici gratificari liceat utri maluerit, Lancell. Conrad. *de Offic. præt. in causs. civil.* v. *Sent. n.* 28. Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 74. Quod cum exemplo pessimum sit: religiotior erit iudex si omni affecto seposito opinionem hic eam, quam rationibus hinc inde collocatis veriorem ipse putat, præferat, Menoch. 2. *Pres.* 71 *n.* 38 Gail, 2. *Obs.* 153 *n.* 9. Confer. Static. *Obs. pract. C* 23. *n.* 11. & *seqq.* Quod si in conflictu illo ambigat, utram in partem deflectendum sit, melius erit per mediocritatem caussam dirimere, argum. *L.* 40. & *seqq. de her. inst. L.* 7. *Ut Leg. seu fid. ca. cau.* Quod de Langlæ 5. *Semestr.* 4. *p.* 230. Menoch. 1. *Arb. Q.* 53. *n.* 10. & *Q.* 56. & *Retin. poss Remed.* 5. *n.* 755 & *sequentib.* Tessaur. *Decis.* 89. Fr. Nunnuz. *Variar. computat C.* 9. *n.* 6. & 7. Asin. *Tr. de Exsecut.* § 3 *C* 137 Plane & in decidendo opinio per distinctionem alias contrariantes componens præferenda, argum. *L.* 7. §. 7. vers. *est autem de acq. dom.* Asin. *Praxi* §. 4 *C.* 10. *n.* 9 Menoch. 2 *Pres.* 71. *n.* 47. Spectandum item quibus locis opiniones illæ proditæ. Sive enim alii ab aliis, sive iidem, quod non rarissime a seipsis discrepent, etsi haut desint qui maiorem consiliis fidem tribui debere volunt, quod consulendo dicta magis sint appensa & digesta, Neviz. alios allegans *d. Lib.* 5. *num.* 26. Dauth. *in Prolegom. de studio iur. sub. fin.* longe tamen & tutius & probatius aliorum iudicium, qui tractatus ac Commentaria, item prælectiones præferunt, cum hic omne partium studium ærisque ac quæstus cupiditas cesset: cuius tamen ratione sæpe sæpius consulentes magis quam veri studio ducuntur, leges in ambabus manibus, ut Cravetta loquitur, circumferentes, unde tanta eorumdem variatio ac inconstantia, ut quod Cicero de quibusdam Philosophis in illos non iniuria dici possit: nihil tam absonum & inconsentaneum dici posse, quod non reperiatur apud illorum aliquem prolatum, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *in fin.* vid. Cravetta *de Antiquitat. tempor. P.* 1. §. *propositum* 3. *n.* 48. & *P.* 4. §. *materia n.* 28. *p. m.* 206. Myns. 6. *Obs.* 60. (qui de supremæ Curiæ iudicio attestatur) Hartman. Pistor. *Lib.* 3. *Q.* 20. *n.* 25. Virgil. Pingita. *Q.* 53. *n.* 51. Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 31. Cæterum ubi contradictione opinio caret, nec si unius sit Doctoris, inde recedendum esse, post Alex. *in L. si filio* 25. §. *fin. Solut. matrim.* Coler. *Consil.* 55. *n.* 6. etsi lege non probetur: modo nil contra urgeat, ex Gomes. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71 *n.* 16. Licet alias nec Doctori insigni nude afferenti lege aut ratione non allata fidendum, Surd. *Decis.* 335. *n.* 20. Castillo *Contr. quotid. C.* 23 *n.* 16. Arumnæ. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 46. ut nec male alleganti Surdo *Decis.* 59. *n.* 8. Coler. *Consil.* 4. *n.* 46. cum Doctoris dicta intelligenda sint iuxta fundamenta, quæ allegat Tiraquel. *ad l.* 8 *Cod. de revoc. don. n.* 31 Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 200. & 990. Wesenbec. *Cons.* 6. *n.* 64. & *Cons.* 40. *n.* 23 Coler. *d. n.* 46 Arumnæ. *Lib.* 2. *Decis.* 4. *n.* 50. Sane veterum plerique non in hac solum singularitate, quod ferendum esset, sed & alias glossæ Accursii auctoritatem animopere elevant adeo, ut & communi opinioni præferant, ut citati a Gail. 1. *Obs.* 153. *n.* 7 vid & Rein. Cursus 2 *Indag.* 6. *n.* 6. Guid. Pap *Decis.* 277. ibique annotatores Fridericus Shenck L. Baro a Tautenberg. *Conclus. iur.* 50. Eum sane & præ aliis mire commendant Cuiacius 3. *Obs.* 11. & 12. *Obs.* 16. Fornei. 1. *Select.* 16. Wesenbecius *Consultat. de iur. arte & scientia comparanda*, Christophor. Milæ. *Universitat. rerum historia Lib.* 5. *pag.* 383. Attamen ut ex Zasio 3. *Sing. Resp.* 7. *n.* 10. Gail. *d. Obs. n.* 8 periculose erratur dum nimium ei tribuitur, cum privatus utique interpres, non legislator fuerit, ridendaque eorum imperitia, qui glossas adducunt in re sæpe claris legum verbis decisa, ut & qui alios DD. cumprimis Bartolum, qui legum vexillifer nuncupatur. Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 74. supremus Doctor cuius traditionibus soleat inesse substantia veritatis, Rom. *Cons.* 469. referente Rain. Cors. 2. *Indag.* 6. *n.* 2. aliisque elogiis decoratur fuse Curt. Senior. *Cons.* 23. *n.* 16. Neviz. *Sylv. Nupt. Lib.* 5. *n.* 26. *p.* 438. & *seqq.* Attamen Cuiac 12. *Obs.* 16. quicquid ab Accursio abesset Bartolus, vanas fictiones & ægri somnia videri. Denique etsi rebus iudicatis aut præiudiciis iuris auctoritas non sit, vid. Donel. *ad Rubric. Cod. de Testib. in fin.* cum de uno homine fiat iudicium, non Lex ut ex Hippocr. *Epist. ad Hermodorum* Langle 1. *Semestr.* 5. Unde nec Papæ aut Imperatoris sententia si iuri adversa, nec in rem legis prodita, ius facit; vid. Zas. *in Par. D. de constit. Princ. n.* 5 Tiraq. *de iure primigen. Q.* 40. *n.* 165. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt.* 1 Pacian. (quodammodo dissentiens) *Cons.* 149. *n.* 64. ut omnino probat *L.* 13. v. *consultationes C. de sent. & interloc.* Nec placita Curiæ supremæ, ut Cameræ, Vult. *Cons. Marp.* 34. *n.* 53. *Vol.* 1. Senatus Parisini, Coras *ad L.* 25. *de sta. hom. n.* 6. Rotæ Romanæ, Viv. *Lib.* 3. *Decis.* 401. *n.* 20. (de cuius & auctoritate & unde dicta Neviz. *Lib.* 5 *Sylv. nupt. n.* 62. Marzar. *Tr. Fideic. P.* 2. *n.* 14. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 29.) Quicquid contradicat Anton. de Gamma *Decis.* 228. & Vult. a se ipso varians *Cons. Marp.* 18. *n.* 36. & *Cons.* 21. *n.* 263. *Vol.* 3. Neque res iudicata pars iuris civilis iuxta Ciceronem nisi ubi perpetuo similiter iudicatum, Cuiac. 2. *Feud.* 17. Etsi item in varietate tanta negociorum vix est ut per omnia conveniant exempla, nec claudicent. Bernard. Autumn. *not. ad Langla.* 7. *Semestr.* 3. *p.* 310. & singularium negociorum cognitionem affectantes assimilat iis, qui aere piscari moliuntur, Coras. *ad L.* 10. *de LL.* quorum collectio laboriosi potius quam eruditi, ut Matthæsc. 2. *de Via iur.* 13 *n.* 7. Attamen in re aut iure ambiguo validissima pro his, multorumque iudicio fortior quam pro communi opinione præsumptio: modo facti circumstantiæ non nimis varient. Hinc illa trita: quod magnum sit vel unam in terminis habere decisionem, quodque eam adeptus tuto se fundet, Curt. Iun. *Cons.* 119. *n.* 6. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* 138. *Vol.* 3. Wes. *Cons.* 24. *n.* 13. Iac. Schult. *Q. Pract.* 30. *n.* 26. Arumnæ. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 19. & *seqq.* & *n.* 63. & *seqq.* Iacob. Aleman. *Consult.* 2. *p.* 62. qui singuli plures allegant. Agnovit & Cicero exempla non parum valere dum 1. *Act. in Verrem* intendit Cæcilium admitti non debere, quia quæstor, fuerit, id comprobat exemplis Philonis, Scauri & Cn. Pompeii. A. Riccobon. *Comm. de historia pag.* 58. Confer Menoch. 2. *Præsumpt.* 72. *n.* 9. & *n.* 13. Christoph. Besold. *Templo iustitia pag.* 91. Denique Brocardica vulgaria hic minimum valent, quibus solis inniti pauperis est ingenii, vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure* v. *ius C.* 5. *n.* 92. & *seqq.* Iac. Aleman. post alios *Cons.* 8. *p.* 741. & *seq.* De his satis.

2) Wes. *ad L.* 1. *C. Ubi de criminib. n.* 1. Curias summorum Principum perinde pro arbitrio iudicare, ac ipse princeps legibus solutus, Danh. *Prax. civ. C.* 218. *n.* 3. & 4. Senatum supremum Principis loco iudicare ex bono & æquo, non accurate attendendo ad subtilitates iuris, si caussæ conditio & æquitas aliud poscat. Non tamen subdit, secundum proprium arbitrium absolute, sed id quod in iure & æquitate fundatum, non quod ex quacunque mentis levitate incidere potest. Cameram Imperialem imperatoria plane auctoritate in decernendo iudicandoque, uti Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 40. Sed vid. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 9. & *seqq.*

Digitized by Google

ſumpta ſunt, hæc verba ſunt: [illegible] ideſt, Ita conſervabo, ut ius & æquum eſſe 3 videbitur. Verum his verbis nihil aliud iurat magiſtratus, quam ius ſe ſervaturum; quod quærimus: atenim addit, *quod videbitur*, recte. Non enim aliud quiſquam poſſit recipere ſe facturum, quam quod ius eſſe ſciet, & intelliget. Neque ideo tamen conſequens eſt, ſi quid contra iudicarit, quanvis ſedulo, id ratom eſſe habendum. Atque ut poſſit intelligi, exigi hoc ab omnibus magiſtratibus, ut ſecundum ius iudicent, eſt eiuſdem Iuſtiniani Novel. 8. in qua clare ita ſcriptum eſt in §. *quod vero*. [illegible] De præſidibus autem in ea periodo Iuſtinianus loquitur: Ne laboremus: omnem is dubitationem ſuſtulit in *Novel.* 82. *de iudic.* §. *ult.* Omnis, inquit, iudex, ſive magiſtratum gerat, ſive aliter iudicet, leges obſervato, & ſecundum has profecto ſententiam, & quanvis in medio litis noſtram contingat iuſſionem, aut ſacram formam (licet pragmatica ſit) procedere; legem tamen ſequitur, Nos enim id obtineri volumus, quod noſtræ volunt leges.

III. Quod quoniam ita præcipitur, quid fiet, ſi ius ſcriptum ab æquitate 4 diſſidere videbitur? Utimur in ea re Conſtantini regula, *ex L. placuit, C. de iud.* potiorem nimirum eſſe debere in omnibus iuſtitiæ æquitatiſque, quam ſtricti iuris rationem.

IV. Sed incurrit hæc conſtitutio in varias reprehenſiones; ut ſi velimus eam nobis expoſitam, & bene conſtitutam eſſe definitionem, illæ nobis hoc loco animadvertendæ ſint. Quod quia res incidit, ita faciam, quam poterit breviſſime. Et quoniam exſtitunt illæ magna ex parte ex eo, quod non ſatis intelligitur ab omnibus, quid ſit æquitas, quid ius, & quid diſtet alterum ab altero: ideo hæc verba explanabo primum, quibus expoſitis ſententia conſtituetur: deinde quæ contra definitionem dicuntur, diluere conabor.

V. Ius eſt, quod ſcripto comprehenſum eſt: quaſi iuſſum dicas. Æquitas, ſive æquum & bonum, eſt id, quod ex ſcripto ſenſiſſe, & voluiſſe legem intelligitur. Harum definitionum exempla ſi quis plura habere vult, reperiet collecta pene innumera a Guil. Budæo in *Adnotationibus in Pandectas*, in princ. Ego nunc docendi cauſſa pauca citabo ex oratione Ciceronis pro Cecinna, ex quibus liquido poterit intelligi nihil aliud Ciceronem appellaſſe ius, nihil æquitatem, quam quod diximus. Illum quidem conſtat in ea oratione pro ſententia interdicti contra ſcriptum dicere: hoc diſputare, ubi voluntas, ubi ratio, ubi conſilium intelligatur, id ſequendum eſſe, verba negligenda: quæ Ciceronis ſententia apud Gregorium 1. Pontificem reperitur, referturque in *C. humanæ*, 22. *q.* 5. Sic ergo quodam loco ſcribit: *Etiam ut iam a verbo longius recedamus, ab æquitate ne tantulum quidem: ſi ſervus tuus*, & quæ ſequuntur. Deinde poſt: *Nam ceteri tum ad iſtam orationem decurrunt, cum ſe in cauſſa putant habere æquum & bonum, quod defendant; ſi contra verbis & literis, &, ut dici ſolet, ſummo iure contenditur, ſolent eiuſmodi iniquitati & boni, & æqui nomen, dignitatemque opponere*. Et mox: *tum aucupia verborum, & tendiculas in iudicem vocant: tum vociferantur ex æquo & bono, non ex callido, verſutoque iure rem iudicare oportere*. Deinde in eadem: *Iuris retinere ſententiam, & æquitatem plurimum valere oportere, an verbo ac litera ius omne torqueri, vos ſtatuite, Recuperatores, utrum utilius eſſe videatur*. Item: *ſi ad interdicti ſententiam confugis, neque æquitatem rei verbi laqueo capi putas oportere*. Et paulo poſt: *Iſtum locum fugis, & reformidas, & me ex hoc, ut ita dicam, campo æquitatis ad iſtas verborum anguſtias, & ad omnes literarum angulos revocas*. In quibus nemini obſcurum eſſe poteſt, Ciceronem & æquitatem ubique ſcripto opponere, & præterea

3) Forſan reſpicitur ad veterem & ſolemnem formulam, moremque in concipiendis ſententiis, maxime in cauſſis capitalibus, ut iudices quæ cognoviſſent non facta, ſed *videri* pronunciarent. Quæ Romanis miſta modeſtiæ gravitas, ne temere quidquam affirmare viderentur, ut Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 301. Cuius veſtigia in *L.* 1. §. 5. *ad SC. Turp. L.* 20. *de his qui not. inf.* Quo de Ræv. *Provinbunal. C.* 21. Broidæ, *in Supplem. Hiſt. Fori Pollotni Lib.* 5. *C.* 15. Briſſ. 2. *Antiq.* 2. (ac ex eo Goth. *ad d. L.* 1. §. 5. *ad Turpil.*) & Iuan. Savaro *Comm. ad Sidon. Lib.* 3. *Epiſt.* 12. qui plures ad hoc veterum ſententias adducit, idemque & in SS. Patrum conciliis obſervatum fuiſſe oſtendit.

4) De hoc diſcrimine &c. etiam *ſupra Lib.* 1. *Cap.* 13. *n.* 11. *&* *ſeqq.* ubi not. Præter illic citatos ad materiam hanc, quam alias expendam plenius, adi Duar. *ad T. D. de iudic. ſ.* 159. *&* *ſeqq.* Coraſ. 2. *Miſc.* 18. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 1. Mynſ. 6. *Obſ.* 63. Io. Garſia *de Expenſ. C.* 1. *n.* 28. *&* *ſeq.* Freher. *Supplit. p.* 18. *&* *ſeq* Chriſtoph. Beſold. *Temple iuſtitia pag.* 84. *&* *ſeqq.* Io. Celich. *Tr. de æquitate &c.* Salomon *in Comm. de bono & æquo, ad L.* 1. §. 1. *de Iuſt. & Iur.* Confer Dominic. Soto *Lib.* 1. *de Iuſt. & Iur.* Q. 6. *Art.* 7. *&* Q. 7. *Art.* 3. *&* *Lib.* 3. Q. 4. *Art.* 5.

observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. In Novel. 115. *ut cum de ap. cog.* §. 1. *& in authent. iubemus, C. de iud.* hæc item verba sunt: *Caussæ cognitor non amplius exspectans sententiam proferat omnibus modis legibus & moribus convenientem*. Sed de præsidibus & summis præfecturis nonnulli [2] putant hoc iuris esse, ut iudicare possint, prout eis æquum visum fuerit, etiam si contra ius propter ea quæ leguntur in *Auth. hodie, C. de iud.* verba sunt hæc: *Hodie iurant se facturos secundum quod eis visum fuerit iustius & melius*. In constitutione Novella Iustinianus 9. unde hæc sum-

tione victum illam post habuisse. Neque eo ipso innovatoribus, qui ea, quibus certa semper constitit interpretatio, immutare temeraria fiducia annituntur, quidquam tribui censendum est. Plane cum fere in scholis nascantur, pubescant, senescant, eiescant, intereant communes opiniones, quæ exinde in iudicia exeunt: inde evenit, ut iuxta temporum varietatem varient, & quæ prius adversa communi, postea fiat probatior, ex Mar. Salomon. *in Repet. § responsa 7. Instit. de iur. nat. gent.* Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 4. Mathæac. 2. *de Via iur. ult. n.* 8. Petr. Heig *P.* 1. *Q.* 36 *n* 46. Quid si in varietate sententiarum nescitur quæ sit communis? Sæpius enim de eo contentiones & testificationes discrepantes. Sunt qui casus pro amicis hic statuant, ut iudici gratificari liceat utri maluerit, Lancell. Conrad *de Offic. prat. in causs. civil* v. *Sent. n.* 28. Neviz. *Sylv. nupt. Lib* 5. *n.* 74 Quod cum exemplo pessimum sit: religiosior erit iudex si omni affectu seposito opinionem hic eam, quam rationibus hinc inde collocatis veriorem ipse putat, præferat, Menoch. 2. *Præs* 71 *n.* 38 Gail, 1. *Obs.* 153 *n.* 9. Confer. Stratic. *Obs. pract. C* 23. *n.* 11. *& seqq.* Quod si in conflictu illo ambigat, utram in partem deflectendum sit, melius erit per mediocritatem caussam dirimere, argum. *L.* 40. *& seqq. de her. inst L* 7. *Ut Leg. seu fid. ca. cau.* Quod de Langlæ 5. *Semestr.* 4. *p.* 230. Menoch. 1. *Arb Q.* 53. *n.* 10. *& Q.* 56. *& Remin. poss Remed.* 5. *n* 755 *& sequentib.* Tesaur. *Decis.* 89. Fr. Mannor. *Variar. comput. C.* 9. *n.* 6 *&* 7. Asin. *Tr. de Execut.* § 3 C 137 Plane & in decidendo opinio per distinctionem alias contrariantes componens præferenda, argum. *L.* 7. §. 7. vers. *est autem de acq. dom.* Asin. *Præxi* §. 4 C. 10. *n.* 9 Menoch. 2. *Præs.* 71. *n.* 47. Spectandum item quibus locis opiniones illæ proditæ. Sive enim alii ab aliis, sive iidem, quod non rarissimo a seipsis discrepent, etsi haut desint qui maiorem consiliis fidem tribui debere volunt, quod consulendo dicta magis sint appensa & digesta, Neviz. alios allegans *d Lib.* 5. *num.* 26, Dauth. *in Prolegom. de studio iur. sub. fin.* longe tamen & tutius & probatius aliorum iudicium, qui tractatus ac Commentaria, item prælectiones præferunt, cum hic omne partium studium ærisque ac quæstus cupiditas cesset: cuius tamen ratione sæpe sæpius consulentes magis quam veri studio ducuntur, leges in ambabus manibus, ut Cravetta loquitur, circumferentes, unde tanta eorundem variatio ac inconstantia, ut quod Cicero de quibusdam Philosophis in illos non iniuria dici possit: nihil tam absonum & inconsentaneum dici posse, quod non reperiatur apud illorum aliquem prolatum, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *in fin.* vid. Cravetta *de Antiquitat. tempor. P.* 1. §. *propositum* 3. *n* 48. *& P.* 4. §. *materia n.* 28. *p. m.* 206. Mynf. 6. *Obs.* 60. (qui de supremæ Curiæ iudicio attestatur) Hartman. Pistor. *Lib.* 3. *Q.* 20. *n.* 25. Virgil. Pingita. *Q.* 53 *n.* 51. Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 31. Cæterum ubi contradictione opinio caret, nec si unius sit Doctoris, inde recedendum esse, post Alex. *in L si filio* 25. §. *fin Sent. matrem* Colet. *Consil.* 55. *n.* 6. etsi lege non probetur: modo nil contra urgeat, ex Gomes. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71 *n.* 16. Licet alias nec Doctori insigni nude afferenti lege aut ratione non allata fidendum, Surd. *Decis.* 335. *n.* 20. Castillo *Contr quotid C.* 23 *n.* 16. Arumnæ. *Lib* 2 *Decis.* 1. *n* 46. ut nec male alleganti Surdo *Decis.* 59. *n.* 8. Coler. *Consil.* 4. *n* 46. cum Doctoris dicta intelligenda sint iuxta fundamenta, quæ allegat Tiraquel. *ad* *l.* 8 *Cod de revoc. don. n.* 31 Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 200. *&* 990. Wesenbec. *Cons.* 6. *n.* 64. *& Cons* 40. *n.* 23 Coler. *d. n.* 46. Arumæ. *Lib* 2. *Decis.* 4. *n* 50. Sane veterum plerique non in hac solum singularitate, quod ferendum esset, sed & alias glossæ Accursii auctoritatem nimiopere elevant adeo, ut & communi opinioni præferant, ut citati a Gail. 1. *Obs.* 153. *n.* 7. vid & Rain Corsus 2 *Indag.* 6. *n* 6. Guid. Pap *Decis.* 277. ibique annotatores Fridericus Shenck L. Baro a Tautenberg. *Conclus. iur.* 50. Eum sane & præ aliis mire commendant Cuiacius 3. *Obs.* 11. *&* 12. *Obs.* 16. Forner. 1. *Select.* 18. Wesenbecius *Consultat de iur. arte & scientia comparanda*, Christophor. Milæ. *Universitat. rerum historia Lib.* 5. *pag.* 383. Attamen ut ex Zasio 1. *Sing. Resp.* 7. *n.* 10. Gail. *d. Obs. n.* 8 periculose erratur dum nimium ei tribuitur, cum privatus utique interpres, non legislator fuerit, ridendaque eorum imperitia, qui glossas adducunt in se sæpe claris legum verbis decisa, ut & qui alios DD. cumprimis Bartolum, qui legum vexillifer nuncupatur. Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 74. supremus Doctor cuius traditionibus soleat inesse substantia veritatis, Rom *Cons* 469. referente Rain. Cors. 2. *Indag.* 6. *n.* 2. aliisque elogiis decoratur fuse Curt. Senior. *Cons.* 23. *n.* 16. Neviz. *Sylv. Nupt. Lib.* 5. *n.* 26. *p* 438. *& seqq.* Attamen Cuiac 12. *Obs.* 16. quicquid ab Accursio aberrat Bartolus, vanas fictiones & ægri somnia videri. Denique etsi rebus iudicatis aut præiudiciis iuris auctoritas non sit, vid. Donel. *ad Rubric. Cod. de Testib. in fin.* cum de uno homine fiat iudicium, non Lex ut ex Hippocr. *Epist. ad Hermodorum* Langla. 1. *Semestr.* 5. Unde nec Papæ aut Imperatoris sententia si iuri adversa, nec in vim legis prodita, ius facit; vid. Zas. *in Par. D. de constit. Princ n.* 5 Tiraq. *de iure primigen. Q.* 40. *n.* 165. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt.* 1 Pacian. (quodammodo dissentiens) *Cons.* 149. *n.* 64. ut omnino probat *L.* 13. *v. consultationes C. de sent. & interloc.* Nec placita Curiæ supremæ, ut Cameræ, Vult. *Cons. Marp.* 34. *n.* 53. *Vol.* 1. Senatus Parisini, Coras *ad L.* 25. *de sta. hom. n.* 6. Rotæ Romanæ, Viv. *Lib.* 3. *Decis.* 401. *n.* 20. (de cuius & auctoritate & unde dicta Neviz. *Lib.* 5 *Sylv. nupt. n.* 61. Marzat. *Tr. Fideic. P.* 2. *n.* 14. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 29.) Quicquid contradicat Anton. de Gamma *Decis.* 228. & Vult. a se ipso varians *Cons. Marp.* 18. *n.* 36. *& Cons.* 21. *n.* 263. *Vol.* 3. Neque res iudicata pars iuris civilis iuxta Ciceronem nisi ubi perpetuo similiter iudicatum, Cuiac. 2. *Feud.* 17. Etsi item in varietate tanta negociorum via est ut per omnia conveniant exempla, nec claudicent. Bernard. Autumn *not. ad Langla.* 7. *Semestr.* 3. *p.* 310. & singularium negociorum cognitionem affectantes assimilat iis, qui aere piscari moliuntur, Coral. *ad L.* 10. *de LL.* quorum collectio laboriosi potius quam eruditi, ut Matthæac. 2. *de Via iur.* 13. *n.* 7. Attamen in re aut iure ambiguo validissima pro his, multorumque iudicio fortior quam pro communi opinione præsumptio: modo facti circumstantiæ non nimis varient. Hinc illa trita: quod magnum sit vel unam in terminis habere decisionem, quodque eam adeptus tuto se fundet, Curt. Iun. *Cons.* 219. *n.* 6. Vult. *Cons. Marp* 21. *n.* 138. *Vol.* 3. Wes. *Cons.* 24. *n.* 13. Iac. Schult. *Q. Pract.* 30. *n.* 26. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 19. *& seqq. & n* 69. *ac seqq.* Iacob. Aleman. *Consult.* 2. *p.* 62. qui singuli plures allegant. Agnovit & Cicero exempla non parum valere dum 1. *Act. in Verrem* intendit Cæcilium admitti non debere, quia quæstor, fuerit, id comprobat exemplis Philonis, Scauri & Cn. Pompeii. A. Riccobon. *Comm. de historia pag.* 58. Confer Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 9. *& n.* 13. Christoph. Besold. *Templo iustitia pag.* 91. Denique Brocardica vulgaria hic minimum valent, quibus solis inniti pauperis est ingenii, vid. Knich. *de Sax non provoc. iure v. ius C.* 5. *n.* 92. *& seqq.* Iac. Aleman. post alios *Cons.* 8. *p.* 741. *& seq* De his satis.

2) Wes *ad L.* 1. *C. Ubi de criminib. n.* 1. Curias summorum Principum perinde pro arbitrio iudicare, ac ipse princeps legibus solutus, Damh. *Prax. civ. C.* 258. *n* 3. *&* 4 Senatum supremum Principis loco iudicare ex bono & æquo, non accurate attendendo ad subtilitates Iuris, si caussæ conditio & æquitas aliud poscat. Non tamen subdit, secundum proprium arbitrium absolute, sed id quod in iure & æquitate fundatum, non quod ex quacunque mentis levitate incidere potest. Cameram Imperialem imperatoria plane auctoritate in decernendo iudicandoque, uti Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 40. Sed vid. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 9. *& seqq.*

Digitized by Google

ſumpta ſunt, hæc verba ſunt: [illegible] ideſt, Ita conſervabo, ut ius & æquum eſſe 3 videbitur. Verum his verbis nihil aliud iurat magiſtratus, quam Ius ſe ſervaturum; quod quærimus; atenim addit, *quod videbitur*, recte. Non enim aliud quiſquam poſſit recipere ſe facturum, quam quod ius eſſe ſciet, & intelliget. Neque ideo tamen conſequens eſt, ſi quid contra iudicarit, quanvis ſedulo, id ratum eſſe habendum. Atque ut poſſit intelligi, exigi hoc ab omnibus magiſtratibus, ut ſecundum ius iudicent, eſt eiuſdem Iuſtiniani Novel. 8. in qua clare ita ſcriptum eſt in §. *quod vero*. [illegible] De præſidibus autem in ea periodo Iuſtinianus loquitur: Ne laboremus: omnem is dubitationem ſuſtulit in *Novel.* 82. *de iudic.* §. *ult.* Omnis, inquit, iudex, ſive magiſtratum gerat, ſive aliter iudicet, leges obſervato, & ſecundum has proferto ſententiam, & quanvis in medio litis noſtram contingat iuſſionem, aut ſacram formam (licet pragmatica ſit) procedere: legem tamen ſequitur, Nos enim id obtineri volumus, quod noſtræ volunt leges.

III. Quod quoniam ita præcipitur, quid fiet, ſi ius ſcriptum ab æquitate 4 diſſidere videbitur? Utimur in ea re Conſtantini regula, *ex L. placuit*, *C. de ind.* potiorem nimirum eſſe debere in omnibus Iuſtitiæ æquitatiſque, quam ſtricti iuris rationem.

IV. Sed incurrit hæc conſtitutio in varias reprehenſiones; ut ſi velimus eam nobis expoſitam, & bene conſtitutam eſſe deſinitionem, illæ nobis hoc loco animadvertendæ ſint. Quod quia res incidit, ita faciam, quam poterit breviſſime. Et quoniam extiſtunt illæ magna ex parte ex eo, quod non ſatis intelligitur ab omnibus, quid ſit æquitas, quid ius, & quid diſtet alterum ab altero: ideo hæc verba explanabo primum, quibus expoſitis ſententia conſtituetur: deinde quæ contra deſinitionem dicuntur, diluere conabor.

V. Ius eſt, quod ſcripto comprehenſum eſt: quaſi iuſſum dicas. Æquitas, ſive æquum & bonum, eſt id, quod ex ſcripto ſenſiſſe, & voluiſſe legem intelligitur. Harum definitionum exempla ſi quis plura habere vult, reperiet collecta pene innumera a Guil. Budæo in *Adnotationibus in Pandectas*, in princ. Ego nunc docendi cauſſa pauca citabo ex oratione Ciceronis pro Cecinna, ex quibus liquido poterit intelligi nihil aliud Ciceronem appellaſſe ius, nihil æquitatem, quam quod diximus. Illum quidem conſtat in ea oratione pro ſententia interdicti contra ſcriptum dicere: hoc diſputare, ubi voluntas, ubi ratio, ubi conſilium intelligatur, id ſequendum eſſe, verba negligenda: quæ Ciceronis ſententia apud Gregorium I. Pontificem reperitur, referturque in *C. humanæ*, 22. *q.* 5. Sic ergo quodam loco ſcribit; *Etiam ut iam a verbo longius recedamus, ab æquitate ne tantulum quidem: ſi ſervus tuus*, & quæ ſequuntur. Deinde poſt: *Nam cæteri tum ad iſtam orationem decurrunt, cum ſe in cauſſa putant habere æquum & bonum, quod defendant; ſi contra verbis & literis, &, ut dici ſolet, ſummo iure contenditur, ſolent eiuſmodi iniquitati & boni, & æqui nomen, dignitatemque opponere*. Et mox: *tum aucupia verborum, & tendiculas in iudicem vocant: tum vociferantur ex æquo & bono, non ex callido, verſutoque iure rem iudicare oportere*. Deinde in eadem: *Iuris retinere ſententiam, & æquitatem plurimum valere oportere, an verbo ac litera ius omne torqueri, vos ſtatuite, Recuperatores, utrum utilius eſſe videatur*. Item: *ſi ad interdicti ſententiam confugis, neque æquitatem rei verbi laqueo capi putas oportere*. Et paulo poſt: *Iſtum locum fugis, & reformidas, & me ex hoc, ut ita dicam, campo æquitatis ad iſtas verborum anguſtias, & ad omnes literarum angulos revocas*. In quibus nemini obſcurum eſſe poteſt, Ciceronem & æquitatem ubique ſcripto opponere, & præterea

3) Forſan reſpicitur ad veterem & ſolemnem formulam, moremque in concipiendis ſententiis, maxime in cauſſis capitalibus, ut iudices quæ cognoviſſent non facta, ſed *videri* pronunciarent. Quæ Romanis miſta modeſtiæ gravitas, ne temere quidquam affirmare viderentur, ut Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 301. Cuius veſtigia in *L.* 1. §. 5. *ad SC. Turp. L.* 20. *de his qui not. inf.* Quo de Ræv. *Prætribunal. C.* 21. Broidæ. *in Supplem. Hiſt. Fori Pelletti Lib.* 5. *C.* 15. Briſſ. 2. *Antiq.* 2. (ac ex eo Goth. *ad d. L.* 1. §. 5. *ad Turpil.*) & Ioan. Savaro *Comm. ad Sidon. Lib.* 3. *Epiſt.* 12. qui plures ad hoc veterum ſententias adducit, idemque & in SS. Patrum conciliis obſervatum fuiſſe oſtendit.

4) De hoc diſcrimine &c. etiam *ſupra Lib.* 1. *Cap.* 13. *n.* 11. *& ſeqq.* ubi not. Præter illic citatos ad materiam hanc, quam alias expendam plenius, adi Duar. *ad T. D. de iudic. f.* 159. *& ſeqq.* Coraſ. 2. *Miſc.* 18. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 1. Mynſ. 6. *Obſ.* 63. Io. Garſia *de Expenſ. C.* 1. *n.* 28. *& ſeq.* Freher. *Supplic. p.* 18. *& ſeq.* Chriſtoph. Beſold. *Templo iuſtitia pag.* 84 *& ſeqq.* Io. Celich. *Tr. de æquitate &c.* Salomon *in Comm. de bono & æquo ad L.* 1. §. 1. *de Iuſt. & Iure.* Confer Dominic. Soto *Lib.* 1. *de Iuſt. & Iur. Q.* 6. *Art.* 7. *& Q.* 7. *Art.* 3. *& Lib.* 3. *Q.* 4. *Art.* 5.

ea scriptum summum ius, æquitatem iuris scripti sententiam & rationem nominare. Dicitur autem æquum, quod ratio legis, & iuris scripti dictat: quia hac re sola retinetur ex æquo in omnibus mens & sententia legislatoris: id est, lex ipsa: non enim intelligitur iubere quisquam aut præcipere, quod nolit aut non sentiat. Ius autem summum non æquum: quia necesse sit, ex circumstantiis variis & locorum, & personarum, & temporum mutari sæpe rationem legis. Contra quam si præfracte nihilominus scriptum retineamus aliud quam quod legislatori propositum est: idest rem non æquabilem servabimus. Id autem solum iustum, non quod verbo continetur: sed quod sensisse scriptorem intelligitur: hoc idem æquum dici probavimus. Ergo iustitiæ, æquitatisque rationem præcipuam, quam scripti iuris esse debere cum dicimus, hoc dici intelligere debemus, quod Cicero tot locis, tot modis in eadem illa pro Cecinna oratione expressit: *cum voluntas, consilium & sententia legis intelligitur, stultum esse verba amplecti, hanc negligere.* Item *ex æquo & bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, bonique iudicis voluntatem scriptoris, auctoritatemque defendere: non ex verbis pendere ius; sed verba servire hominum consiliis & auctoritatibus. Si tacitis nobis voluntas intelligi posset, verbis omnino nos* non usuros; *quia non potest, verba reperta* esse, *non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem.* Sed exemplis utendum est. Ius est, & præceptum naturæ quod depositum acceperis, ut reddas. Qui sanus gladium apud me deposuerat, furiosus a me repetit, an reddere debeo? Si ius summum, & strictum, id est, verba sequimur, debeo: si æquum, id est, rationem eius iuris, & sententiam, non debeo. Id enim agitur, eo ius illud constitutum est, ut is qui deposuit, id ipsum rursus sine fraude habeat, quod deposuit. Si reddo furioso, is rem non habebit, amittet potius. Quin etiam ea re male in sese, atque etiam in alios consulet; hoc vero contra voluntatem legis, & sententiam, id est, non æquum, & bonum, non utile. Non reddam igitur, ut Cicero disputat *Lib.* 1 *de offic.* Item, lex est, iudicium nullum esse, quod cum minore intercessit sine curatoris auctoritate: acta res est iudicio cum minore, & sententia pro minore lata: an dicemus, nullius momenti esse sententiam? Si verba iuris, id est, ius strictum tenere volumus, non valebit; at hoc inquam, neque ex legis sententia. Quid enim agitur lege, nisi ut minori non noceat, quod sine curatore gestum est? Quare sententia valebit, *L. non eo minus, D. de procur.* & generaliter definiemus, quod pro aliquibus introductum est, id in eorum, pro quibus est constitutum, damnum torqueri non oportere. *L. nulla, D. de legi. L. quod favore, C. eod.* hoc solum ideo quod aliter fit contra sententiam, & mentem legis, id est, contra legem. Item edicit prætor, quod cum minore viginti quinque annis natu gestum erit, se animadversurum. Gestum est aliquid cum minore filiofamilias. Quæro, an restitui debeat. Ius constitutum facit, ut debeat: at non placet esse restituendum: scilicet quia iniquum; & iniquum ideo, quia contra propositum, & consilium prætoris: apparet enim prætori propositum fuisse minoribus consulere, non maioribus. Quod si filiumfamilias restituemus, consuletur patri: hic enim de peculio non tenebitur. Hæc Ulpianus ad hanc sententiam in *L.* 3. *§. sed utrum, D. de minor.*

VI. Sit igitur superioris regulæ ea vis quam supra dixi: Quæcunque lex, & quibuscunque verbis scripta est, eam ratione & sententia scriptoris moderandam: & si alia verba sint, aut sint nimis præfracta, corrigendam esse: hoc est, quod quærimus moderandam esse & corrigendam æquitate. Ubi sententia intelligetur, solum hanc sequendam esse etiam contemptis verbis: hoc bonum, hoc æquum esse, & utile: contra fieri iniustum iniquum & inutile: huc illa regula iuris pertinet: *in omnibus quidem, maxime tamen in iure æquitas spectanda est. L.* in omnibus quidem, *D. de reg. iur. In omnibus*, ait: ut conventionibus, rebusque contractis, itemque supremis voluntatibus. Maxime tamen *in iure*, id est, in iuris constituti interpretatione æquitas spectanda est: id est, non quibus verbis quid dictum, aut scriptum sit: sed qua mente, qua sententia, & consilio, quærendum, & cognitum sequendum est.

VII. Nunc quæ contra dicuntur, consideremus. Primum illud non recte, ut videtur, in hac definitione, quod iustitia atque æquitas, & ius separantur. Nam si recte ab Ulpiano definitur ius, ars æqui & boni. *L.* 1. *D. de iust. & iure.* profecto non aliud est ius, quam æquum & bonum. Sed animadvertendum est, in definitione Constantini, quam interpretamur, non ius absolute, sed ius quod summum & strictum sit, ab æquitate secerni: hoc

Digitized by Google

hoc ius ne ius quidem est. Ideo non mirum si ut a vero iure, sic ab æquitate separetur. Ius autem verum, ipsum illud, quod ratio & lex iussit, aliud nihil est, nisi æquum & bonum, ut vere Ulpianus definivit: nec quicquam æquum, nisi quod iustum. Qui ergo probare potest nihil iustum esse, nisi quod æquum, & strictum, & summum ius, ius non esse? Quia strictum ius vocamus, quod a sententia, & voluntate legis recedens verbo tantum nititur: æquum, quod verborum sententia. Id porro solum ius est quod legislator sensit. Verba ius non sunt; sine quibus si res posset intelligi, his omnino non egeremus. In quo genere est illa nobilis disputatio Ciceronis in oratione pro Cecinna; de qua supra commemoravi. Non igitur ius id, quod summum & strictum dicimus; hinc illud dictum a veteribus, summum ius summam esse iniuriam, quod Cicero refert *lib. 1 de offic.* Columella summam crucem, Terentius summam malitiam vocat. Quæ omnia declarant, summum ius, ius non esse: nisi si malitiam & iniuriam ius esse fateamur. Ex quo eadem opera intelligi potest, cur tandem æquitatis dicamus, quam stricti iuris rationem esse potiorem.

VIII Sed rursum & hic hæsitatur. Æquitatem, inquimus, sequi oportet. Imo ius duntaxat, quod scriptum est, dixerit aliquis; Æquitatem autem etiam eam quæ se ostendat, non licet. In eamque sententiam ad oppugnationem definitionis propositæ duo loci citantur. *L. prospexit, D. qui & a quib.* & *L. 1. C. de legib.* Quorum in priore Ulpianus indicat, ita legem fuisse de muliere adulterii rea, quæ divertit, ne quem ex servis suis aut manumittat, aut alienet. Ait igitur verba facere, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in provincia, possit manumittere vel alienare. Quod quidem, inquit, *Perquam durum est: sed lex ita scripta est. Durum*, quod dicit, hoc est, non satis æquum; ut in illo Pauli in *L. illud, D.* de petit. heb. *quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium omnis caussa præstetur, interdum durum est*; idest, non æquum, neque servandum adversus bonæ fidei possessorem. *Sed lex*, inquit Ulpianus, *ita scripta est*; ut sive æquum id putemus, sive iniquum, servari oporteat. In altero loco rescriptum eiusdem Constantini est in hæc verba: *Inter æquitatem & ius interpositam interpretationem nobis solis & oportet, & licet inspicere.* Quibus ostenditur non magis sequi licere nobis, quod æquum videatur præter legis verba, quam ius novum constituere. Hæc antinomia ut conciliaretur, interpretes nostri olim hanc distinctionem invexerunt, ut dicerent interesse, utrum æquitas esset scripta, an non esset. Si scripta esset, hanc potius sequendam. Si non esset, rem esse non iuris nostri, sed principi permittendam, qui rem expediat, & de ea, quod velit, statuat. Itaque in *d. L. placuit, C. de iud. tot.* in exemplaribus ita legitur, *præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque scriptæ quam stricti iuris rationem.* Ego vero æquitatem 5 scriptam non inepte solum, sed etiam absurde præsertim in superiore definitione dici iudico. Primum æquitas iuris scripti emendatio, & quasi interpretatio est, sententiam legis adversus scriptum retinens. Qua interpretatione & emendatione nihil est opus omnino, si id quod æquum esse volumus, clare scriptum est. Quo argumento Fr. Connanus *lib. 1. commen. iur.* & Fr. Duarenus *lib. 2. dispu. anni.* usi sunt. Deinde qui ita dicunt æquitatis scriptæ habendam rationem, hoc dicunt, æquitatis non scriptæ contra ius strictum non esse habendam. Quo quid magis falsum est? Convincitur iis omnibus exemplis, in quibus Iurisconsulti veteres sententiam legis interpretati sunt. Ex quibus pauca supra retulimus: in quibus interpretatio valuit, cum in illis non modo ea æquitas, quam probabant, non esset scripta; sed etiam verbis videretur adversari. Ut illud an usquam scriptum fuit in legibus, bonæ fidei possessorem non debere post litem contestatam interitum præstare, quod Paulus æquum putavit: in *L. illud, de pet. her.* Imo vero, ita dubitabatur de eo, ut etiam contra orationem Hadriani esse videretur: in qua ita scriptum est: *post acceptum iudicium omne præstandum esse, quod habiturus esset petitor, si quo tempore res petita est restituta fuisset.* d. L. *illud*. Postremo eum potiorem esse dicimus æquitatis rationem, hoc significamus, duo esse, quæ inter se discrepent ius & æquitatem. Electio namque nisi inter duo aut plura non cadit, quorum unum reiicimus, alterum sequimur. At vero si æquitas scripta est, idest,

5) Confer *supra d. Lib. 1. C. 13. n. 13.* Sic Io. Saresberiens. *Policratici Lib. 2. C. 26. p. 102.* Ubi aliud ius suadet, aliud æquitas, quæ in publica utilitate versatur, principis quærenda est interpretatio. Ubi de scripto & sententia dubitatur, mens inquirenda est auctoris. Confer A. Massa Gallesi. *Lib. 2. de Exercit. iurisper. n. 72. & seqq.* qui pulcre distinguit.

idest, quod æquum videbatur, iam electio, omnisque adeo dubitatio tollitur. Certum est enim id solum sequendum, quod reiecto alio æquum iudicatum est. Exempli caussa: scriptum hoc est, & nominatim cautum constitutionibus, sententiam pro minore latam, quanvis indefenso, servandam esse, si is sibi expedire existimet. *L. non eo, C. de procur.* Hic non sunt duo, ius nimirum strictum, & æquitas scripta, ex quibus dubitemus, utrum sequamur: sed unum duntaxat in quo absurdum sit id quæri, potiusne hoc servari debeat quam aliud. Quare non potest neque æquitatis verbo verbum scriptæ, neque ei loco, in quo quæritur, utrum sequendum sit, superior definitio convenire. Videamus ergo ne dicendum sit præcipuam esse in omnibus æquitatis, quam stricti iuris rationem: sed hactenus, nisi palam verba legislatoris refragentur. Quæ cum erunt perspicua, id ius, quod verba exprimunt, sequemur videlicet: animi nostri rationem, & ipsum illud, quod æquum videbatur, non sequemur. Sic aperte scripta lex erat in *L. prospexit, D. qui & a quib.* de servis non alienandis ab ea muliere, quæ adulterii rea diverti{s}set. Hoc enim cavit lex, ne quem mulier omnino ex servis suis manumitteret, vel alienaret. Ergo, inquit Ulpianus ita lex scripta est. Idcirco adversus legis constitutionem æquitatis specie ne quidquam utemur. In hanc ipsam sententiam lex Constantini accipienda est. *L. 1. C. de legib.* Licet, inquit ille, principi soli inspicere interpretationem, quæ interposita sit, inter æquitatem & ius, res nimirum dissidentes: hoc sic interpretandum est, si æquitas a scripto iure omni ex parte dissideat. Quoniam enim hæc non ad retinendum ius scriptum, sed ad evertendum & abrogandum pertinet, optima ratio est, cur non debeamus hoc nobis sumere, ut de eo statuamus. Eius enim est mutare legem, cuius & condere: hoc autem principis. Igitur & prius illud merito ei soli permittendum est. Hic nos aliquis nobiscum pugnantia loqui dicet, qui æquitatem prius id esse dixerimus, quod esset ex legis sententia & proposito: nunc æquitatem posse cum scripto plane dissidere, veluti nostri obliti statuamus. Sed animadvertendum puto æquitatem sive sententiam duplicem in quaque lege intelligi. Unam propriam iuris constituti propositam ei, qui scripto sanxit id, de quo quæritur. Alteram generalem, seu summam, quæ communiter in omni lege inesse putatur, ut cum legislator peculiariter aliquid in caussa aliqua statuerit, tamen ad eam summam rationem, & æquitatem lex referatur. Est autem hæc, ut respublica salva sit. Ut suum cuique tribuatur. Hic Cicero *lib.* 3. de legib. *Salus populi*, inquit, *suprema lex esto*. Hæc potest eiusmodi nobis occurrere, ut propter eam aliquid statuendum videatur secus, quam legis specialis verba sunt; & tamen lex ipsa specialis, & mens adeo legislatoris refragentur. Hic si lex nobis ideo non æqua iudicetur, quia ab illa summa lege recedat: hic, inquam, res non a nobis, sed a principe, aut his, penes quos statuendi ius est, constituetur. In hoc genere sunt tot exceptiones adversus manifestum ius civile a prætoribus ex ratione æqui & boni comparatæ, de quibus sub *tit. de exceptio. in Inst.* tot item actiones: tot & tam variis in caussis bonorum possessiones constitutæ iis, qui aperte iure civili a successione removebantur: in quibus si quis privatus, aut iudex, ante ius a prætoribus constitutum, aliquid sibi sumeret, nihil proficeret adversus manifestam iuris auctoritatem. At enim aliud hic æquum videtur: sed non ideo hoc ita est, & ut sit fortassis recte ab uno aliquo animadversum: tamen exemplo perniciosum est, ius certum aliquando rescindi, aut aliqua ex parte immutari. Hac enim via patefacta imperiti & improbi iudices idem audebunt etiam in bonis legibus, manifestæ iniuriæ, æqui & boni nomen, & speciem obtendentes. Præclare Aristoteles: *Qui legem præesse vult in civitate, præesse vult Deum. Qui hominem præfecerit, præfecerit & belluam.* Cui congruunt Demosthenis, & Chrysippi definitiones de lege proditæ in *L. 2. D. de legib.* Exstant in hanc sententiam de iure & legibus in civitate diligenter retinendis elegantes Ciceronis, disputationes in *orat. pro* Cor. Balbo, & *in orat. pro* Cæcinna. Sed sive ius scriptum, sive æquum & bonum sequendum esse diximus: semper hoc relinquetur, quia æquum nihil aliud sit, quam ius, ideo semper nihil, nisi quod ius [6] iubet, iudicari, aut statui oportere. Quod ius iubet, inquam, uti

6) Frustra enim leges scriberentur, si iudicibus ab illis recedere, & suo arbitrio æquitatem fingere liceret, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *gl.* 1. *n.* 31. ubi plura contra imaginariam & cerebrinam æquitatem non ratione iuris suffultam, sed imaginatione quadam aut rationibus adscititiis collectam. Nec in officio magistratus est diiudicare iustum sit necne, quod legibus superioris sancitum, Bodin. 3. *de Rep.* 4. *n.* 289. Et ut æquitas est in potestate magistratus, ita hic in potestate legis, *idem* 6. *de Rep.* 6. *n.* 755. Regulas itaque legum sequatur iudex, non conscientiam legibus

Digitized by Google

nti a me supra positum est: non 7 etiam quod permittit. Huc enim referri debet, illud Papiniaui ex *L. non quidquid, D.* de iudic. *Non quidquid potestati iudicis permittitur, id subiicitur iuris necessitati*. Quod valet, non etiam necesse habet ex iure facere. Qualia sunt ea, quæ lex iudici ita defert, ut dicat iudicem facere hoc, vel illud posse, aut etiam solere, quæ verba permittentis sunt, non quidquam iubentis, aut imponentis. Declaratur hoc totum apertius, exemplo in rescripto Antonini, quod extat iu *L. 1. C. quom. & quan. ind.* cuius verba hæc sunt: *Non semper compelleris, ut adversus absentem pronuncies: propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. Id enim eo pertinet, ut etiam absentem damnare possis: non ut omnino necesse habeas.*

gibus adversantem, ut ex Ias. Tuming. *Decis.* 26. *n.* 40. ac conscientia legis vincat conscientiam hominis, post Bald. Moll. 1. *Semestr.* 37. *n.* 7. Plura in hanc sententiam pete ex Bodin. *d. C.* 4. *&* *d. C.* 6. Moll. *d. C.* 37. *n.* 6. *& seqq.* Cuiac. 2. *de Feu.* 1. Gœd. *ad L.* 6. §. 1. *de V S. n.* 2. Ventur. de Valent. *Parthenus litigiosi Lib.* 2. C. 5. *n.* 15. *& seqq.* Christ. Ohem. *Discurs. iuridicopolit. de Consul. & magistratib. C.* 4. Libor. Bodenst. *Disquisit. polit. Lib.* 2. *Cap.* 18. *& seq.* Simanc. 4. *de Rep.* 15. *& seqq. & Lib.* 5. *& C.* 15. Io. Gerhard. *Polit. Decad.* 5. *Q.* 3. Et quod pauca arbitrio iudicis permittenda Arist. 1. *Rhet.* 1. Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. Menoch. *in Proœm. Lib.* 1. *de Arbitr. iud. Q.Q.* Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. §. *quid in libro n.* 25.

7) Confer. Greg. Lop. *Animadvers. C.* 4. *n.* 12. Robert. 3. *Sent.* 12. Delrio *Lib.* 2. *de princip. iuris p.* 43. Plane quando duæ leges eventu confligunt, permittens prohibenti vel iubenti cedit, Duaren. *ad Tit. D. de test. milit. C.* 6. *fol.* 432. Ang. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via & rat. iuris C.* 2. *n.* 12.

CAP. III.

Quid leges velint iudicem in sententia observare: quod damnandus sit, aut absolvendus cum de re, tum de sumptibus & impensis litis.

Continuatio & divisio rerum. I.

In facti quæstione condemnari reum oportere legitime convictum; secus, absolvi; alias delato illi iureiurando dimitti: quid si hunc constet iudici falso convictum. II.

Cum pares utrinque probationes, alterutri ex litigantibus, aut reo potius deferri solere iusiurandum; & secundum eum qui iuravit, pronuntiari ab iudice. III.

In quæstione iuris damnari reum a Iudice; & ius suppleri quod neque ab actore, nec huius advocato productur. IV.

Immo & de fructibus petitæ rei, & de reliquis accessionibus damnari, qui de re principali damnatus est. V.

In litis impensas victus victori damnatur, quanti victor iuraverit. VI.

Si tamen victus temere & sine caussa litigavit. VII.

Caussa litigandi quando videtur adfuisse, vel secus eum actori, tum reo. VIII.

I. Quoniam confectum est iudicem, non quod ei videtur, aut liberet iudicare debere: sed iuste idest quod ius & leges iubent: videbimus deinceps, quid eum leges velint in senteutia observare, ut cum id fecerit, dici possit, iuste iudicasse; ac si contra fecerit, quæ sit pœna. Et cum senteutia in eo sit, ut iudex damnet reum, aut absolvat; duo sunt in summa, quæ hic leges caveri velint; quorum unum spectatur in persona eius qui damnatur, aut absolvitur: alterum in re, in quam damnatur, aut de qua absolvitur. In persona, ut is damnetur, aut absolvatur, quem oportet, & æquum est. In re, ut damnetur in eam rem in qua oportet, aut de ea absolvatur. Quem æquum sit, damnari aut absolvi, si quidem de re principali, quæ in iudicium venit, agatur, de eo hæc iuris præcepta sunt. Videudum, utrum de facto ambigatur, an de iure. Hoc facilius expeditur, quam illud *C. sæpe. ext. de appell.* quia ius certum est, ut infra dicam: facta incerta plerumque, & probationibus eruenda.

II. In quæstione facti, ut cum quæritur, an pecunia mutuo data sit, an furtum factum; siquidem probat actor factum legitimis probationibus de quibus supra

pra dictum est, placet [1] iudicem non animi sui conscientiam sequi debere: sed rerum probatarum fidem. *L. illicitas*, *§. veritas*, *D. de off. præf.* Proinde convictos convenire condemnari. *L. negantes*, *C. de obl. & actio.* & *L. propterandum*, illic, *tunc iudicem. C. de indic.* nisi quod quibusdam in caussis receptum est, ut prius iusiurandum exigatur a reo sui purgandi caussa; ut cum id præstiterit, absolvatur. Si recusasset iurare, quasi convictus condemnetur, quas caussas cum collegerit Accursius ad *L.* 3. *C. de reb. cred. & iureiur. in glos. vet.* illinc petere iubebo. Quod si ab utraque parte pares sint probationes, id sequemur, quod præcipitur in *L. admonendi, de iureiu.* & *d. L.* 3. *C. eod.* qua de re tota accurate a me disputatum est in commentario ad titulum illum D. quem *supra lib.* 24. inserendum curavimus. Sane si constet iudici contra fidem eorum, quæ falsis testibus probantur, reum non debere, faciet ex officio boni viri, si a iudicando abstinebit: quod illi concedendum esse de se iuranti, supra diximus. Si non probetur quod intenditur: sic præcipitur iure, reum, qui negat, qualiscunque sit, etsi nihil ipse præstet, absolvi oportere. *L. qui accusare. C. de eden. d. L. negantes. C. de obli. & act.*

III. Quod si ab utraque parte pares sunt probationes: permittitur iudici deferre iusiurandum alterutri ex litigatoribus, ut exacto iureiurando secundum eum iudicet, qui iuraverit. Sic enim Caius in *L. admonendi*, *D. de* iureiurando. *Solent enim* inquit, *sæpe iudices in dubiis caussis exacto iureiurando secundum eum iudicare, qui iuravit.* Dubias caussas hoc loco cum Duareno nostro eas esse intelligi, in quibus ab utraque parte par probatio est: quia hoc modo fiat, ut dubia sit, & anceps caussa, idest ut dubitet iudex, quod sumat potissimum. Quod quidem ita probatum ab illo est *lib.* 2. *Disp. anni. Cap.* 33. ut res probatione nostra non indigeat. Ait autem Caius, solere iudices exacto iureiurando iudicare. Quo significatur posse eos id facere: non etiam necesse habere. *L.* 1. *C. quom. & quan. iudex.* Et ideo erit in potestate iudicantis, in dubiis caussis iusiurandum non deferre, eoque non delato id sequi, quod ille maxime sibi probatum existimaverit. Sed etsi deferret iusiurandum, non iubetur reo potius deferre, quam actori. Unde intelligimus esse in eius potestate, utri deferat, & sane qui secundum actorem iudicare potuit sine iureiurando: multo magis poterit secundum eum iudicare iureiurando ab eo exacto. Sed utrumque rectius facturus videtur, si & iusiurandum in dubia caussa detulerit, quo magis de re confirmetur: & deferat reo potius: qui iuxta regulam iuris est favorabilior. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.*

IV. In quæstione iuris, ut si pactum factum esse constet, & quæratur, an ex pacto agi possit: ius paulo aliter se habet. Quoniam enim ius certum est, & notum id esse debet iudici; non tantum iubetur iudex ex iure quale est, reum condemnare, si ab actore, aut advocatis ius pro-

1) Locus hic ita amplus, ut, si in utramque partem arbitraretur, iustum librum confici posse, censeat Pollet. 4. *Hist. fori* 14. *p.* 388. Et contra acta fere pro conscientia acriter pugnant Coras. 4. *Misc.* 20. Baro *ad d. L.* 6. *de off. præf.* Pollet. d. *loc.* (& ex parte Vasq. 1. *Ill. Contr.* 14. ac Hot. *Ill.* Q. 27. Alb. Gent. 2. *Lect. & Epist.* 13.) Conrad. Heresb. *Epit. Christian. iurispr. Edict IX. Præcept. p.* 293. *& seq.* Iac. Omphal. *Lib.* 6. *de Usurp. legum C.* 14. Marc. Lycklam. (varie tamen distinguens) 2. *Membra. Eclog.* 2. Arum. *Exerc. Iustin.* 6. *in Parerg. & Exerc.* 20. *Th.* 3. *& Disp. Pand.* 1. *Th.* 24. *& seq.* Io. Celich. *de Æquit.* C. 4. Ven. de Valent. *Parth. litig. Lib.* 2. *C.* 8. *n.* 12. *& 5. seq.* Christ. Ohem. *Discurs. iuridico-polit. de Cons. & Magistratib.* C. 4. *n.* 23. *& seqq.* pro actis plures fortiora arma expediunt, Cuisc. 12. *Obs.* 19. Cov. 1. *Var. Res.* 1. Gutier. *Lib.* 2. *Canon.* QQ. *C.* 29. Scala, *Lib.* 3. *de Cens. sapient. C.* 13. Io. Bapt. Asin. *Tr. de Ex.* §. 3. *C.* 1. *n.* 14. *& C.* 7. *ac seq.* Lanc. Conr. *de Off. præt. in cau. civ. v. Sententia n.* 17. Pet. Aug. Morl. *Empor. iuris p.* 1. *Tit.* 2. Q. 1. Menoch. (sed hic nude) 1. *Arb.* Q. 24. *n.* 3. Gravat. *Not. ad pract. Vestri Lib.* 3. *C.* 11 *lit. A.* qui testatur hanc quoque inter Theologos crebriorem esse) Io. Bellon. *Commun. iur. sentent. v. iudex* Bron. 1. *Enan.* 14. Bocer. *de iurisd. C.* 6. *n* 34. Bus. *ad L.* 6. §. 1. *de off. præs.* Steph. Werbeuz *prolog. tripar. operis iuris consuetud. Hungar. Tit.* 16. *& seq.* Guid. Pap. *Dec.* 29. *ibique in not.* P. Matth. & Steph. Ranch. Cach. *Decis.* 1. *n.* 43. *& seq.* Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 187. Io. Monach. (brevibus ast scite) *in C. dilecti* 6. *de iud. n.* 11. paulo pluribus Dom. Soto *Lib.* 5. *de Inst. & iur.* Q. 4. *Art.* 2. Excipiunt plerique Principem superioris arbitrium & LL. solutum Scal *d. C.* 13. Werbeuz. *d. loc.* Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 8. *n.* 21. Chassi *Catal. glor. mundi P.* 7. *Consid.* 3. *effectu* 8. Cacheran. *d. loc.* Lanc. Conrad. *Temp. om. iud. Lib.* 1. *C.* 1. § 3. *v. iudicare secund. conscient. &c.* Idem de Curia eiusdem suprema statuit Guid. Pap. *Decis.* 29. quem impugnat Cacheran. *d. n.* 43. *& seq.* tuetur Menoch. *Arb. Ca.* 98. *n.* 12. *& 13.* Plane contra conscientiam in criminalibus comprimi, ne unquam iudicet rationis est, vid. *nos supra C.* 1. *N.* 10. Ast nec hoc unquam obnoxiæ sententiæ iudici tribuendum, ut nudæ illius unius assertioni plus fidei habeatur, quam plurium inculpatæ vitæ bonæque notæ testium iuratæ depositioni. Iudici potestatem facere contra fidem eorum, quæ probata iuxta ea, quæ sibi ceu privato comperta esse dicit, pronunciandi, quid aliud est quam liberrimum arbitrium & absolutissimum potestatem dare male iudicandi, condemnandi vel absolvendi pro libitu, quoties non de iure, sed de facto contentio est. Quam facile enim erit ei dicere si alterutri iniuste gratificari velit, etsi pro altero testimonia probationesque aliæ suppetant, se tamen aliud novisse. Ecquid autem hac re interioris subselii iudex proficiet, nisi ut interim iustus (ut in proverbio est) patiatur lite extracta. Nonne cognitione ad superius tribunal per provocationem devoluta, sententia lata pro eo, qui & contrariis probationibus oppressus, nec olla sua sublevatus, nec nisi testatione iudicis unius de notitia sua subnixus rescindetur. Exactiora de his alias.

probetur: sed etiam si [2] non probetur. Idque est, quod præcipitur illo titulo Codicis, ut quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat. Non enim hic iubetur supplere, quod deest advocatis in [3] facto: sed quod in iuris allegatione, & confirmatione. Quod ex verbis eius constitutionis, quæ exstat sub eo titulo, intelligetur. Verba hæc sunt: *Dubitandum non est iudici, si quid a litigatoribus, vel ab iis, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere, & proferre, quod sciat legibus, & iuri publico convenire.* Non dicit, quod sciat in facto esse. Et recte: non est enim iudicis de facto testificari, & affirmare, cum multum intersit inter testem, & iudicem, neque idem officio fungi possit testis & iudicis: sed ait: *quod sciat convenire legibus & iuri publico:* scilicet, quia est iudicis hoc ipso, quod iudex est, ius tenere, idque ipsum in caussa statuere, de qua iudex sedet; hoe enim est iudicare.

V. De fructibus rei petitæ, & accessionibus cæteris idem damnandus, & absolvendus, qui damnatus aut absolutus est de [4] re principali: etiam si errore iudex de re principali pronunciaverit. *L. ex diverso, §. 1. D. de rei vindic.* Ex his apparet, de re principali, eiusdemque accessionibus non alium condemnari, aut absolvi, quam reum. Utrum autem faciendum sit, potissimum ex fide rerum probatarum æstimari.

VI. De sumptibus litis aliud servatur: de his enim nominatim ita ius constitutum est a Iustiniano, in *L. properandum, §. sive autem, C. de iud.* Victum victori in expensarum caussa esse [5] condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit. Unde intelligitur semper esse, qui condemnetur de sumptibus litis; neo eum reum tantum; sed interdum & actorem: nempe si vincatur, absoluto videlicet reo: præterea non exigi, ut convincatur de impensis litis, qui de his condemnatur: sed hoc spectari solum, an vincatur de re principali. Et videtur quidem Iustinianus in *d. §. sive autem*. districte cavisse, & sine exceptione, ut sumptus litis agnoscat is, qui victus est. Verba eius sunt hæc: *Sive autem alterutra parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa: omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum caussa esse condemnandum.* Et quæ sequuntur.

VII. Sed recte hoc omnes ex iure vetere sic accepisse mihi videntur, si modo is qui victus est, [6] temere & sine caussa litigavit. Nam ita quidem ante Ius fuisse constat, eum litis sumptus agnoscere non debere, cui ratio fuisset litigandi. *L. qui solidum, §. Etiam, D. de leg. 2.* Item, litigatorem viatica, litisque sumptus adversario suo reddere debere: sed ita, si improbus sit litigator: si temere adversarium in ius vocaverit, ut appareat hanc condemnationem pœnam temeritatis fuisse adversus litigatores constitutam. *§. hæc autem, Inst. de pœn. tem. litig. L. eum, quem, D. de iudic.* Hoc ius cum sit æquissimum, oportet manere, nisi liquido probetur fuisse a Iustiniano sublatum. Quod superiora verba non arguunt: animadvertendum est enim, quod eo loco ait Iustinianus. Quod cavet denuo victum victori in expensas litis esse condemnandum, etsi id cavet simpliciter: non tamen id facit veteris iuris emendandi, & æquissimæ conditionis tollendæ caussa: sed ut id ius, quod fuisset antea, produceret ad eas quoque caussas, in quibus litigator non propter malam caussam, sed propter caussam absentiæ damnatus esset, quod initium eius §. & extremum plane indicant. Ait enim in principio; *sive autem alterutra parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa.* In extremo autem ita scribit: *& hæc de alterutra parte litigantium contumaciter absente nobis statuere visum est, ad æquitatis ratio-*

2) Vid. *supra Lib.* 18. C. 4. *n.* 9. Et quod idem in statuto non allegato aut consuetudine notoria *not. C. præd. N.* 1.

3) Concenat. *Lib.* 1. Q. 1. *n.* 30. Excipiunt nisi de iis, quæ facti, constet ipsi ut iudici, nec caussa requirat formalem petitionem, Cacher. *Decis.* 1. *n.* 24. add. Bellon. 2. *Suppus.* 10. Afin. *Tr. de Exsec.* §. 3. C. 24. & C. 24. & *Cap.* 17.

4) Vid. *supra Lib.* 20. *C.* 6. *n.* 5. *ibique notata*.

5) *Rubr. & L.* 4. *de fruct. & lit. expens.* Num autem & præter expensas in damna ac detrimenta adversarii condemnatio? Negat contra Bart. & Ang. Walth. 1. *Misc.* 18. quia in *L.* 79. *de iud. & d. L.* 4. nulla damnorum mentio. Ac licet *in* §. 1. *in fi. I. de pœn. tem. litig.* iungantur damnum, & impensæ, putat tamen vel *damnum* pro condemnatione illic accipi, vel, quod magis illi placet, ipsas expensas denotari, cum rarum non sit, ut duobus verbis eadem res significetur. Sed melior videtur sententia eorum qui distinguunt inter damna extrinseca, veluti si equus in itinere mortuus, vel quis captus a latronibus: & intrinseca, expensas itineris, sumptus viatici & temporis, quo commorandum est extra domum suam in hospitio, &c. vid. Tesaur. *Decis.* 67. Et hæc videntur denotari per damnum, *in d.* §. 1. ut distinguitur ab impensis aliis, quæ in ipsam litem erogantur. Quid si peritus caussam propriam egit, num cum expensis potest æstimare salarium? vid. de hac quæstione Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 5. §. 18. *n.* 14. Monter. *Decis.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Postul. Resol.* 3. Mynf. 1. *Obs.* 2. & Gail. 1. *Obs.* 151. *n.* 16.

6) Quid si Statutum sit, victum condemnari debere in expensas, an & tunc iusta caussa litigandi excusat? Dubium movet, quod ita videatur frustraneum. Affirmat tamen Fachinæ. 12. *Contr.* 25. quia satius est ut superfluum sit, quam ut aliquis ex eo indebite lædatur.

rem omnia corrigentibus. Et hanc sententiam ipse item Iustinianus confirmat in *Novel* 82. *de iudic.* §. *ut autem*. Scribit enim, iudicem debere significare sententia, si litigatores in expensas [7] non damnet: fieri igitur potest, ne damnet, & quidem iure.

VIII. Quo posito quærendum erit, cui ratio litigandi fuisse intelligatur. Et quod ad actorem attinet, hoc probamus fieri non posse, si vincitur, quin [8] temere videatur litigasse. Etenim si ignoravit sibi ius non esse litigandi: hoc ipso culpa eius est, quod litigavit. Ut enim bene scriptum est in *L. qui in alterius, D. de reg. iur.* Qui agit, certus esse debet; cum sit in potestate eius quando velit experiri, & ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere. Reo non idem potest subiici; hic namque actionem excipere cogitur, nisi velit ius suum indefensum relinquere. Quod sane facere non debet, si nullam caussam habeat, propter quam intelligere possit, deberi quod petitur aut rem petitoris esse *L. illud, D. de pet. her.* Cuiusmodi caussam nullam habere videtur; si agatur de eo cum alieno facto, & iure, cuius ipse particeps, & conscius non fuerit. Veluti si agatur eum eo, ut herede ex facto defuncti: *d. L. qui in alterius*: aut si contraxerit quidem ipse; sed agat is, qui se a domino procuratorem datum dicat, nec mandatum certum proferat. *L. si quis inficiatus, D. depos.* aut si vindicet quis rem tanquam suam, quam sibi a vero domino donatam, aut aliter in se translatam affirmet; nec eius rei ullum certum indicium afferat. *d. L. illud, de petit. hered.*

CAP.

7) Et eius rei caussa exprimi debet, *d. C.* 10. Tiraq, *de Pæn temperand. in præfat. n.* 66 Gail. 1 *Obs* 151. *n.* 23. subdens, id in Camera non servari, sed generatim dici, *aus beweglichen Ursachen*, sicuti & apud nos quotidie sententiæ concipiantur. Ceterum monet A. Fab 19. *Err Prag* 6 hoc casu haud apte pronunciari solere expensas *compensandas* esse, cum potius nullius earum condemnationi locus sit.

8) Longe aliud interpretibus vulgo visum, iudiciorumque usu obtinet Nam & cum relevari ab expensis, tradunt, qui pro se habet opinionem unius celebris Doctoris, Gu. Pap. *Deci* 277. Pacian. 2 *de Probat.* 43. *n.* 156. Wes *Cons.* 43. *n.* 165. aut unius ex Senatoribus curiæ, aliorum votis superati, Anton. de Gamma *Decis.* 324 Et quod consilium Iurisperiti, uti a delicto & pœna, ita & ab expensis excuset, Menoch. *Recup. possess. Remed* 11. *n.* 26. & 2. *seqq.* vid Rebuff *in Auth. habita* verbo *examinatione* &c. (quidam tamen duorum consilia requirunt, Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 6) Quodque iusta caussa litigandi ei, qui habet semiplenam probationem, Meischn *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 9. *in fin. Tom.* 1. Quin & si nota probitas ac bona fama litigatoris victi, remitti expensas, quia non præsumatur calumniose litem movisse, post Hostiens. & alios Coras. *de Iuris arte P.* 4. *C.* 18. Caroc. *de Iuram. lit. decisorio Q.* 1. *Q.* 13. *principalis n.* 18. Ad quod multos citat Marq. Freh *Lib* 2. *de Existimat. C.* 6 *n.* 13. qui tamen post plures alios recte contra statuit. Neque enim si præsumptio calumniæ cessat, ideo & litigandi temeritas. Quare nec iuramentum calumniæ hinc liberat, vid *not. supra Lib.* 24. *C* 3. *N.* 6. *sub fin.* Nec rusticitas excusat, Menoch. *Arb Cap.* 194. *n.* 28. Quin immo & qui in priori instantia obtinuit sententiam, in appellativo iudicio condemnari in has potest, si ex iisdem actis succubuit, vid. Tho Trivis. *Lib.* 2. *Decis.* 62. *n.* 10. Sich. *ad L.* 12. §. 2. *C. de reb. cre. n.* 10. Gail 1. *Obs.* 152. *n* 5. Mathesil. *Sing* 81. ibique Gabr. Sarayna *Cothm. Iur Resp.* 60. *n.* 145 & *seqq.* Meichs *Lib* 2. *Decis. Cam.* 20. *n* 8. & *Decis.* 28. *n.* 129 *ac Decis.* 35. *n.* 10. Bend. *de Revision. Concl.* 9. *n.* 9. Cuiusmodi sententias plures exhibet Syntagma sententiarum Cameralium edita a Christian Barth. In criminalibus vero Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 11 censet accusatorem sane reo damnari ad expensas; (quod & de iudice male inquirente tradit Gail. 1. *Obs.* 152 *n.* 2.) non contra, quia crudele sit, reum cum pœna damnum sumptuum sustinere. Et quia nemo accusare cogitur, agere autem cogitur necessitate caussativa, si suum extra iudicium obtinere non potuit. Expensæ ut taxandæ, &c. vid. *Novell. Elect. Sax.* 31. *P.* 1. ubi Moller. Coler *Decis.* 214. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. Vol.* 1. *C.* 56. M Ant. de Amat. *Decis.* 140 (ubi quomodo a taxatione appellari possit, de quo & Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 16. Brederod, *de App. P.* 2. *Tit.* 20. *f.* 525. & *P.* 2. *Tit.* 40 *f.* 668.) Peti eas an necesse sit, vid. not. *C. fe. N.* 6. Hæc de expensis modo pro instituto sufficiant: Perpauca licet præ aliis, quæ peti possunt ex Cuiac, 12. *Obs*, 1. Hot. *ad L.* 13. §. 6. *C. de iudic.* Covar. *Pract. Q.Q. C.* 27. Zas. & Wes. *ad L.* 15. *C. de iudic.* Sich. *ad L.* 1. *C. de iudic. n.* 9. & *seq.* & *ad d. L.* 13. §. *sive autem* 6. & *ad d. L. sancimus* 15. ipsi 13. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 77. Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. Part.* 5. §. 18. Menoch. *Arb. Cas.* 177. (ubi quæ iusta caussa litigandi, ut excuset) & *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 665. & *seqq.* & 1. *Præsumpt.* 35. Tiraq *de Pæn. temper. Cap*, 51. *n.* 108. & *seq.* Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 30. & *seqq.* Rulant. *de Commissar P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 10. & *P.* 4. *Lib.* 8. *C ult. ac Tr. de inventar. utriusque brachii. C. ult.* Muller. *a. Semestr.* 8. Hering. *de Fideiuss C.* 26. *n.* 75. & 4. *seqq.* Seraphin *Privil. iuram*, 32. Fachin. 1. *Contr.* 40. & *seq.* & 12. *Contr.* 52. Beust *ad Rub. de iureiur. n.* 243 & *seqq.* Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *C.* 55. & *seq.* Mathesilan. *Sing.* 3. & *Sing.* 80. & *seqq.* Bover. *Sing.* 56. Guid. Pap *Sing.* 60. Fr. Cremens. *Sing.* 121. Corset. *Sing.* 90. 96. 103. Marsil. *Sing.* 207. 237. 485. 545. &c. Damhuder. *Praxi civ. C.* 232. & 249. Asin. *Praxi iudic.* §. 32. & *de Exsecut.* §. 7. *C.* 179. Schuarzentaler. *Lib.* 3. *Process. Actu* 2. 2. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. C.* 2. & *ult.* Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 6. Myns. 2. *Obs.* 21. & 4. *Obs.* 55. & 67. Gail 1. *Obs* 151. & *seq.* Wehner. *Obs, pract. de V. S.* v. Expensen und Unkosten. Boer. *Cons.* 27. Sixtin. *Cons. Marp.* 15 *n.* 112. & *seq. Vol.* 1. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 48. Surd. *Decis.* 261. & 274. Monter. *Decis.* 14. & *Decis.* 36. Ant. de Gamma *Decis.* 65. Tessaur. *Decis.* 67. Melchiner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 7. Arumæ *Lib.* 1. *Decis.* 9. &c. quos omnes, aliosque supra citatos, antea adii, Enimvero haud temere Iac. Simanca 9. *de Rep.* 31. *n.* 7. expedire censet statui, ut temerarius litigator victori omnes omnino sumptus, damna & incommoda præstet, subdens ideo Mahumetanis paucas lites esse, quod temere litigantes publice flagellis cæduntur. Qua de coercenda temeritate, vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 6. *n.* 12. & *seqq.*

Digitized by Google

CAP. IV.

Reum de eo absolvendum, aut in id condemnandum esse, quod in iudicium deductum est, non in aliud: & quid videatur in iudicium venisse.

Continuatio & ordo. I.
Reum in id quod in iudicio deductum est condemnari. II.
Deduci aliquid in iudicium aut ipso iure, aut actoris petitione expressa vel tacita. III.
Expressa: *quod continetur verbis intentionis, licet reus de eo non consenserit: nisi si quid nominatim exceptum*. IV.
Item siquid accidat post litem contestatam. V.
Contrariis occurritur. VI.
Tacita: *venire fructus & accessiones alia petita rei principalis*. VII.
Contrarius I. C. Pauli locus in L. non potest, 23. D. de iudic, *explicatur*. VIII.
Ipso iure *sumptus & impensas litis in iudicio deduci*. IX.
In illa tria superiora quæ in iudicium veniunt, non in alia reum damnari oportere. X.

I. NUnc quid iudex sententia complecti, idest, qua de re reum absolvere, aut in quam rem condemnare debeat, consideremus. Id enim erat alterum, quod in iusta sententia spectandum esse, dicebamus. Et quoniam una res est, de qua reum condemnari, aut absolvi oportet, ne verbosior sit oratio, ea a me ad condemnationem solum conferetur, ut quod de ea dixero, simul de absolutione dictum intelligatur.

II. Ac cum in *L. ut fundus*, *D. com. divid.* scriptum sit, ultra id, quod in iudicium 1 deductum est, excedere potestatem iudicis non posse: cum præterea in *L. solemus*, *D. de iud.* dicatur non esse metiendum ex persona rei, quid videatur in iudicium venisse: quia facile dicturus sit, se de aliqua re non sensisse, quo consequetur, ne condemnetur: ut autem vitetur hoc periculum, idest, ne reus possit effugere condemnationem, spectandam esse ex intentione actoris, quid in iudicium venerit: apparet de hac re, sic veteres statuisse, ut dicerent reum condemnari oportere in id, quod in iudicium deductum est, sive quod in iudicium venit: ultra id, quod deductum est, nec debere, nec posse. Ex quo etiam illud quæsitum, quid videatur venisse, seu deductum esse in iudicium in *d. L. solemus, de iud.* Quod & nobis quærendum est.

III. Est autem deducere rem in iudicium, subiicere rem iudicio iudicantis, rem ei æstimandam & iudicandam tradere. Deducitur quid hoc modo in iudicium aut petitione actoris, aut ipso iure sine alia petitione. Petuntur quædam aperte: nonnulla tacite: aperte ea, quæ exprimuntur verbis intentionis. Hæc vero in iudicium veniunt. Sed an semper? an omnia? Quid enim si verba intentionis ambigua sint, aut generalia: ut aut illic dicat reus inutiliter actum esse, quia actor de una re senserit, reus de alia: aut hic dicat idem reus, se de quibusdam speciebus non sensisse? an exigemus, ut ambo iisdem de rebus consentiant? Quid si verbis intentionis contineantur quædam, de quibus tamen actor non senserit, aut quæ ille iure petere non potuerit initio, etsi in ea causa sint ante sententiam, ut peti possint? hæc enim sunt, de quibus in hac specie solet dubitari. Et licet de re tota definire breviter hoc modo,

IV.

1) Hinc vulgatum illud: Sententia respondere debet positioni, ac esse conformis libello. Quod exstruunt *ex d. L.* 18. *&* *ex L. uls. Cod. de fideic. Iobor.* Quin fatuum dicunt iudicem, qui contra pronunciat. Hieron. de Mont. *Tr. Fin. regund.* C. 42. n. 6. Afin. *de Exsec.* §. 3. C. 9. Melchs. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 224. Tametsi id vero reprobet A. Gulb. *QQ. iur. C.* 9. sano tamen sensu acceptum iuri convenit. Vid. Sneidvin. & Muder. *in* §. *Curare*, 32. *Instit. de act.* Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 31. Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 1. *n.* 22. Thom. Grammat. *Decis.* 89. Guid. Pap. *Decis.* 27. Oldend. *Cons. Marp.* 5. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 111. *& seq. & Decis.* 18. *n.* 17. *& seq. & Decis.* 22. *n.* 30. *& seqq. & Tomo* 4. *Decis.* 7. *n.* 33. Coral. *SC. Tilos. Cap.* 52. Afin. *de Exsecut.* §. 3. *Cap.* 225. *& seq.* Ant. Mass. Gallet. *de iudic. bona fid. n.* 20. Marc. Lycklama *ad L. vlnum.* 22. *de reb. cred. n.* 7. & 8. Pinel. *in L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 3. *C.* 3. *n.* 12. qui docet verum eius sensum esse, ne iudicetur de re in iudicio non tractata. Perperam vero ac crasse ita accipi quasi iudicis arbitrium & potestas recedere nequeat a desiderio actoris. Limitant hanc regulam in criminalibus, vid. Mynsig. 4. *Obs* 81. & ubi proceditur sola facti veritate inspecta, Raudens. *Decis.* 5. *n.* 91. item Principe superioris nescio iudicante, Lancell. Conrad. *Templo om. iud.* §. 3. *de obligat. imperatoris v. iudicare secundum conscientiam*, Chassanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 131. item quando clausula; peto, mihi ius, &c. adiecta, Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 32. Male hoc omnino. Confer not. *supra Lib.* 23. *C.* 4. *N.* 4. *clausul.* 11.

Digitized by Google

IV. In his, quæ aperte petuntur ab actore, omne videri in iudicium venisse, quod intentionis verbis continetur, quod quidem commodum sit petitori, quantunvis de eo reus non senserit: præterquam si ab actore quid exceptum sit nominatim, aut post litem contestatam accidit. Quæ nobis definitio explicanda est. Est enim veterum illa quidem: sed quæ nusquam aperte tradita sit: conficiatur tantum ex variis illorum sententiis neque dispositis uno in loco, neque per se satis expositis. Quod ergo dixi id omne videri venisse, quod continetur intentionis verbis: præterquam si quid de his exceptum sit: hoc illud est, quod subobscure demonstrare voluit Ulpianus in *d. L.* solemus. *Solemus*, inquit, *dicere id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes. Sed Celsus ait, periculose ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet non convenisse. Quid ergo? Melius est dicere, non id venire, de quo nominatim actum est, ut veniret: sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret.* Quorum verborum hæc est sententia, non esse spectandum, quid reus existimet a se peti; sed quid verba petitionis significent: omnia videri venisse in iudicium, quæ contineantur verbis intentionis, nisi si quid sit, de quo nominatim actum sit, ne veniret. Non addit Ulpianus illa verba; Quæ contineantur verbis intentionis. Sed prorsus totum [2] hoc ita intelligendum est. Absurdum sit enim si quis dicat, hereditate petita res proprias petitoris venisse in iudicium: aut fundo petito venire supellectilem, quia neque res propriæ petitoris, neque supellex exceptæ sint: cum alterum alterius significatione non contineatur ullo modo, neque ulla communione cum altero coniungatur. Sed erit, quod de intentione excipiatur hoc modo, si proponas petitam esse universam hereditatem excepto fundo Tusculano, qui hereditarius est, quem actor ideo forte patiatur esse penes possessorem, quia de eo fundo aliquando cum illo transegerit. Et convenit potissimum hæc definitio verbis generalibus intentionis, & in se multa complectentibus. Quid si erunt ambigua? Congruit superiori rationi Celsi, in ambigua intentione id accipi, quod [3] petitori utilius sit. Quod & receptum est, *L. si quis intentione, D. de iud.* alioqui enim semper dicet reus se de eo non sensisse, atque ita consequetur, ne condemnetur. Finge, Stichum petitum: plures autem eodem nomine fuisse apud debitorem. Nec dicet reus iniquum esse petitori in genere affirmanti sine alia probatione fidem haberi. Hoc enim fieri in hac re illi nihil nocet, si actor non probat eum Stichum, quem dicit sibi deberi; cum reus absolvatur. Quod si probet ille sibi deberi, iam nihil habet reus, quod queratur, si quod eum debere constet, cogatur præstare. Nisi quis putet in eo fieri illi iniuriam, quod coactus sit litigare: qui fortasse litigaturus non esset, si certo scisset, quid a se peteretur. Sed ea res excusare eum potest a sumptibus litis; eximere autem a præstatione rei vere debitæ non potest. Quanquam ne in sumptibus quidem litis habet, quo culpam deprecetur. Etenim si scivit, de quo Sticho actor sentiret, amplius certior fieri non debuit. Si dubitavit, vel hæc ipsius culpa est, quod petitorem non rogavit, quem Stichum intelligeret.

V. Tantum de intentionis verbis excipiuntur duo. Primum, si quid sit, de quo actum sit nominatim, ne veniret in iudicium, *d. L. solemus.* De quo iam dixi, & dubitationem non habet. Deinde, si sit eiusmodi, quod ante intentionem nondum acciderat: sed accidat post litem contestatam, quanvis ante rem iudicatam. Huc enim referri debet illud Pauli ex *L. non potest, D. de iudic.* Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidit: ideoque alia interpellatione opus est. Cuius rei exemplum licet ab eodem sumere ex *L. Antaeus, §. ult.* & *L.* seq. *D. de aq. plu. arcen. act.* Egit quis pluviæ arcendæ, ut opus, quod factum erat, quo aqua restagnabat, tolleretur, & aqua arceretur. Respondet ille id contineri iudicio, ut opus, quod ante factum erat, tollatur. Si quid autem factum sit, post litem contestatam, quanvis eodem loco, novo iudicio opus esse. Atqui verbis intentionis utrumque continetur opus, si verba tantum spectemus. Sed iure non continetur, quod

2) Convenit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1. *n.* 18. Omnia, id est, quidquid sub petitione proposita, aut libello comprehendi potest, quicquid in iudicio versatur, veluti fructus, expensæ non petitæ.

3) Ambigua petitio accipitur iuxta intentionem proferentis, modo postea probatio clara afferatur. Veluti. Ago contra mulierem ex intercessione. Sustinetur libellus, si postea allegem caussam, cur mulier ea Velleiano non iuvetur, ita Nic. Vall. *d. Tr.* 1. *n.* 18. & 19. Sed concinnius exemplum Donelli petitum *ex L.* 83. §. 1. *de V. O.* vid. Duar *ad tit. D. de iudic. f.* 164. & *ad d. L.* 83. §. 1. qui ostendit, nullam hic esse captionem rei, cum requiratur eadem probatio, ac si nulla dissensio esset. Non obstat *L.* 39. *de pact.* vid. Ant. Fab. *ibid.* & Pac. 2. *Enant. Quæst.* 7.

quod postea accidit. Et merito. Non enim potest in iudicium deduci, quod lure peti non potest. Non potest autem, quod non debetur: nec vero debetur, quod nondum accidit, estque in pendenti. Unde dictum est, iudicium in pendenti esse non posse, vel de iis rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt. *L. non quemadmodum*, *D. de iudic.* Sed pertinet hæc definitio Pauli ad rem principalem: non pertinet ad rei petitæ accessiones, de quo paulo post.

VI. Hic tamen de re etiam principali proferuntur nonnullæ actiones, in quibus videri possit, in iudicium venire id, quod post litem contestatam accidit. Nam primum in omnibus in rem actionibus ita ius est, ut possessor rem petitam debeat restituere, quam possidet rei iudicatæ tempore: quanvis post litem contestatam possidere cœperit. *L. 4. D. de pet. her. L. quæsitum. D. de pecul.* ut videri possit, in iudicium & sententiam venire possessio, quæ tamen postea contigit. Deinde cum agitur adversus patrem de peculio, etsi quid redactum sit in peculium post litem contestatam: tamen eatenus pater eo iudicio condemnatur. *d. L. quæsitum*. Postremum in pigneratitia actione hoc iuris est, ut cum ea actione frustra conveniatur creditor, nisi omnis pecunia soluta sit; si tamen actum sit, & debitor postea ante rem iudicatam pecuniam offerat, non novo iudicio sit opus, sed creditor eodem illo iudicio condemnetur. *L. si rem, §. ult. D. de pig. act.* Et sunt sane supra scripta omnia, ut possideat nimirum reus, ut peculium habeat, ut pecunia solvatur; sunt, inquam, hæc omnia eiusmodi, quæ eveniant post litem contestatam; sed non ea, quæ veniant in iudicium, id est, quæ petantur. Nam quod attinet ad actiones in rem, in his res possessa vindicatur, non rei possessio: nisi forte per consequentiam hoc petitur, ut ad nos revertatur. In actione de peculio damnatur de peculio pater, & quidem; quantumcunque id post litem contestatam auctum sit. Interim petitur a patre, quod filius debuit: non petitur peculium. Itaque quanvis ab initio nihil sit in peculio: tamen auctore Proculo recte intendit creditor, sibi dari oportere. *d. L. quæsitum, de pecul.* Denique peculium ut principaliter in iudicium non venit: sic nec venit in condemnationem; tametsi sine peculio creditori non satis fieret. Tantundem de pigneraticia actione licet dicere: in qua constat rem pignori datam peti, eoque & deduci in iudicium, non item pecuniam creditam: etsi non oblata pecunia res inutiliter petatur.

VII. Tacite petuntur, quæ verbis intentionis non expressa per consequentiam rei petitæ & ipsa petita intelliguntur. Quo in genere sunt fructus, & reliquæ accessiones rei petitæ. Quisquis enim fundum petit, etsi nihil adiiciat aliud: tamen vi ipsa id quoque petere intelligitur, quod fundus, si statim datus restitutusve esset, adiiceret petitori, & sine quo non videatur fundus ab initio datus esse. Non videatur autem datus, nisi una & fructus postea percepti, & similes accessiones restituantur, quia si statim datus esset fundus, haberet actor & fructus, & cætera, quæ deinde ex re nata sunt, sive accesserunt. Itaque quanvis illa nominatim designata & petita non sint una cum re; puto tamen venire omnia in iudicium sua sponte, quasi petita hoc ipso quod res principalis petita est; & iudicem, qui reum de re petita condemnavit, debere quoque & illum condemnare de fructibus, & cæteris accessionibus. Venire illa in iudicium, & debere iudicem de his quoque pronunciare, pluribus locis traditum est, quam ut possit de eo dubitari. *L. cum fundus, D si cer. pet. L. 2. D. de usur. L. illud, D. de pet. her. L. præterea, D. de rei vind.* Sed sunt, qui putent hoc ita accipiendum esse, si & actor petierit: & quia non existimant aliter peti quam si designentur verbis intentionis, addunt, Si actor nominatim petierit. Ego concedam non venire nisi petita: sed puto, satis peti hoc ipso quod res petitur principalis. Et ideo Papinianus in *d. L. 2. D. de usur.* ob id ista præstanda esse ait, *quod tale quidquam dari debeat, quale est, cum petitur:* significans tunc his non videri rem dari. Cui congruit, quod Paulus scribit in *L. ex diverso, §. 1. D.* de rei vind. *ubi alienum fundum petii, & iudex sententia declaravit meum esse, debere etiam de fructibus possessorem condemnari.* & addit, *Alioquin, ut Martianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui.* Utcunque hoc se habeat, non multum ad rem pertinet fortassis, dum illud constet venire illa in iudicium, etsi nominatim non sint petita: hoc autem pene diserte probat Ulpianus in *L. Ædiles, §. item sciendum, D. de æd. edic.* Ait enim; *post iudicium acceptum totam rem ad hominem restituendum in iudicio versari, & tam fructus, quam id, quo deterior factus est, cæteraque venire. Cæteraque* intellige rei commoda. Fructus igitur, & reliquas accessiones in

in iudicio versari ait. Quid autem addit? *Iudici enim*, inquit, *postquam iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quae in iudicio versantur. Ea autem, quae ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi nominatim fuerint ei iniuncta*. Cum ea quæ post iudicium acceptum accidunt, & illa quæ ante, pariter ad iudicem pertinere dicit, cæterum ea ita separat, ut dicat illa, quæ ante contingunt, ad eum non pertinere, nisi nominatim ei fuerint iniuncta: aperte declarat ea, quæ contingunt postea, in quo genere fructus & reliquas accessiones posuerat, in iudicio versari, & ad iudicis officium pertinere, etsi [4] non fuerint nominatim petita, ac propter intentionem actoris nominatim iudici iniuncta. Sed ne longius abicrimus, cur solum eos fructus, easque accessiones in iudicium venire dicimus, quæ post iudicium acceptum contingunt: cum constet etiam ea, quæ ante litem contestatam ex re nostra mala fide percepta sunt, in iudicium deduci posse una cum re? An non eo fit, quia intelligimus ea, quæ post litem contestatam contingunt, sua sponte venire, & per consequentiam rei petitæ: illa autem, quæ ante contigerunt, non ita, ut fructus & consequentias rei, sed ut res principales, idest ita si nominatim & principaliter petantur? Neque id iniuria. Quæ enim iam ante rata sunt, ea a re separata iam non sunt pars rei, sed per se proprium corpus efficiunt. Quæ vero nascitura sunt postea, ea priusquam consistant, quasi sint in re, aut ex re caussam habeant, ut sint, quodammodo pars rei sunt certe eiusmodi, quæ a re divelli non possint. Quo fit, ut recte dixerimus re principali petita hæc quoque videri petita tacite, ut partes, aut appendices rei, istaque ipsa ratione potestate intentionis & iudicii in iudicium venire etiam non nominatim iudici commissa. Interim meminerimus loqui nos de iis fructibus & accessionibus, quæ contingunt post litem contestatam: ut appareat hoc dicere nos, deduci ista in iudicium, quamvis post iudicium acceptum incidant.

VIII. Cui iam videri potest contrarium illud, quod Paulus generaliter definit, non videri in iudicium venisse, quod post litem contestatam accidit. *d. L. non potest*, *D. de iud.* Sed quod supra monueram, animadverti debet, de [5] re principali illum loqui, non de rei petitæ accessionibus. Etsi enim de re nihil exprimit, tamen quid sentiat, satis declarat sequentibus verbis, cum ait: *& ideo nova interpellatione opus est*. Non est interpellatio, & petitio nova, nisi de re principali. De accessionibus nulla est. Quocunque enim in iudicio agitur de accessionibus, sciendum est unam esse actionem de re duntaxat, circa cuius exsecutionem accessionem ratio habetur officio iudicis. Unde si de accessionibus nihil pronunciarit iudex, nulla de his superest actio, *L. certum*, *D. de eo quod cer. loc. L. terminato*, *C. de fruct. & lit. exp. L. 4. C. depo.* Nec abs re est, quod accessiones, quæ post litem contestatam accidunt, in iudicium veniunt; res principalis, quæ postea accidit, non item. Res enim petita accessiones quoque suas secum trahit: ut consequens sit, cum illa quovis modo in iudicium deducta crit, quandiu in iudicio versabitur, tandiu per eam versari quoque in iudicio rei accessiones quæ ante rem iudicatam acciderint. Res ipsa principalis cum ab alia re non trahatur, non potest nisi per se propria actione petita sit, in iudicium deduci. Non est autem actio & petitio de re qualibet, priusquam debeatur; nec debetur, quod postea futurum est, priusquam accidat. Ita fit, ut ante quam accidat, non possit in iudicium venire.

IX. Ipso [6] iure deducuntur in iudicium sumptus & impensæ litis. In iudicium venire constat: cum iubeatur iudex eum, qui victus est in impensas litis condemnare caussa prius cognita, an æquum sit, eas a victo dependi: ut supra dixi. Dico eas venire in iudicium ipso iure: quia ita iubetur iudex constitutionibus victum in impensas litis condemnare, ut nihil distinguatur, utrum de his ulla mentio facta sit in lite contestanda, an non sit. Verba Iustiniani de hoc genere hæc sunt in *L. properandum*, *§. sive autem*, C. de iud. *omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in exspensarum caussa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis*

4) Vid. *supra Lib.* 20. *Cap.* 6. *ibique not.* & confer Vant. *de Nullit. sent. ex defectu processus n.* 97. Georg. de Cabedo *Decis.* 68. *Parte* 1. Exactius hæc in præsentiarum expendere nec vacat, nec locus est.

5) Ita & Don. *ad L.* 31. *de reb. cred. n.* 6.

6) Vulgo tamen plures docent in expensas condemnationem non fieri nisi nominatim petitæ sint, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 108. scribens ex usu iudiciorum requiri expressam petitionem, Gœd. *ad L.* 7. *de V. S. num.* 11, Obrech. *de Concip. libell. C.* 16. *n.* 31. Sed Donello consentit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1. *n.* 18. Alii posse iudicem ex officio non petitas adiudicare, sed non teneri, ut citati *supra Lib.* 23. *Cap.* 4. *N.* 4. *claus.* 5. & Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 21. Mynf. 4. *Obs.* 55. ubi ita observari in Camera testatur, si æquum visum sit, idque maxime vi clausulæ, qua petitur ius & iustitia ministrari.

pensis litium iuraverit: non ignorantes, quod si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huic paenae subiacebunt, & reddere eam parti laesae coarctabuntur. Haec Iustinianus. Et quomodo tandem petantur impensae prius, quam debeantur? Quomodo autem deberi possunt, prius, quam factae sint? Quamobrem eas iure in iudicium deduci necesse est, non postea petitione.

X. Apparet ex his tria esse in summa, quae veniant in iudicium, rem iudicio petitam nominatim, fructus & reliquas accessiones rei petitae, quae quidem post iudicium acceptum contingant, item sumptus & impensas litis; quanvis neque accessiones, neque sumptus nominatim petita sint. Quod si verum est, quod initio definivimus in id, quod in iudicium deductum est, condemnationem fieri oportere, non in aliud, efficitur, *ut quot nominibus petitor rem petitam in iudicium deducere teneatur*, totidem esse, quae iudex, si reum condemnet, sententia complecti debeat, ut reum in ea condemnet. Sin absolvat, unam esse rem, in quam actorem condemnare debeat, litis sumptus. Eidemque regulae consequens est, sic iudicem debere reum in haec condemnare, ut in alia non possit; ac de accessionibus, itemque sumptibus litis quid pronunciare debeat iudex, supra dictum est. De re petita ne dubitetur, hanc ideo dici in iudicium venire, quod iudex reum in hanc ipsam rem condemnet, non in aliam. Iustinianus in *L. ult. C. de fidei. liber.* se mirari ait eum iudicem, qui homine legato petito heredem condemnaverit non ad hominem, sed in aestimationem hominis; significans fuisse ex iure, & officio iudicis, ut reum in hominem petitum condemnaret, non in aliam rem, ne, si damnaret quidem in aestimationem. Et merito id quidem. Quid enim agitur iudicio, nisi ut eo consequamur, quod in iudicium deductum est? Quomodo autem id consequemur, nisi iudex reum in id condemnet?

C A P. V.

Quibuſdam in cauſſis receptum eſſe, ut condemnatio fiat, aut in æſtimationem ſpeciei petitæ, aut in id, quod intereſt: & quibus.

Condemnatio fit in petitæ rei æſtimationem, quoties neceſſitas ſuadet, aut æquitas. I.
Neceſſitate fit ea condemnatio, cum res interiit mora debitoris; cuius temporis æſtimatio tum ineunda. II.
Æquitate vero quatuor ex cauſſis 1. cum petitur aliena res, quæ immenſo pretio veneat a domino; qualis hic æſtimatio. III.
2. Cum legatus ſervus petitur, qui aut eſt pater, aut naturalis filius heredis. IV.
3. Cum res commode dividi non poteſt: huius diviſionis exempla. V.
4. Si ſit ea res, quæ poteſt eſſe pluris, aut minoris poſt rem iudicatam: quæ res ſint tales. VI. VII.
Talium rerum æſtimationem fieri aut ex die quo convenit ut darentur, aut ex quo earum lis conteſtata in ſtrictis iudiciis, in bonæ fidei ſecus. VII.
In eas res quæ ſua ſpecie æſtimantur, licet in genere petieas fit condemnatio. VIII.
In actionibus, in quibus ut quid fiat, petitur: ubi res interiit, qua de agitur, perpetuo fit in id quod intereſt condemnatio. IX.
Ubi vero res exſtet, etiam poſt iudicis de re reſtituenda iuſſum ſupereſt in actionibus in rem condemnatio ad id quod intereſt, & quomodo. X.
Ut & in actionibus arbitrariis. XIII.
In actionibus in quibus ad dandum agitur, fit ſtatim in eo condemnatio ut detur res, aut æſtimatio. XI.
Cur aliud in actionibus in rem. XII. XVII.
In actionibus, quæ ex faciendi obligatione naſcuntur, in id quod intereſt ſtatim fit condemnatio. XIV.
Ratio. XV. XVI.
De eo quod intereſt, & de illius æſtimatione quo in loco tractaverit auctor. XVIII.
Aditus ad Cap. ſeq. XIX.

I. Etſi hoc ita actionis & iudicii ratio exigere videtur: non tamen eſt perpetuum. Receptum eſt enim compluribus in cauſſis, ut condemnatio fiat non in rem petitam, ſed in rei petitæ æſtimationem, ideſt, in petitione quidem dandi, in id, quanti ea res eſt, quæ petitur: in petitione autem facti, in id quod intereſt. Quod & ipſum æſtimatio eſt facti, vel utilitatis eius, quam ex facto actor conſequi potuit. Cur ita placeat (quando a ſuperiore regula ſine magna & evidenti cauſſa recedi non oportet) cauſſæ genere duæ ſunt. Alias neceſſitas hanc condemnationem exprimit, ſi quidem actori ſatis factum volumus: alias ſuadet æquitas, & utilitas rei.

II. Illic neceſſe eſt hoc ita fieri, cum res petita aut culpa rei, aut poſt eius moram in rerum natura eſſe deſiit, facit culpa vel mora rei, ut quanvis ſit perempta, teneatur is nihilominus. *L. item ſi*, in fin. *L. qui petitorio*, §. 1. *D. de rei vind. L. ſi ſervum*, in prin. & §. *ſequitur*, *D. de verb. oblig.* Sed enim non poteſt ea res deberi, quæ natura præſtari non poteſt. *L. in re*, *D. de cond. furt*, *L. impoſſibilium*, *D. de reg. iur.* Nec vero poteſt quiſquam iure damnari in eam rem, quam non debet. Sic enim definitur actio, ius perſequendi iudicio, quod nobis debetur. Quo fit, ut re perempta ſi quid debeatur a reo, debeatur rei peremptæ æſtimatio, in eamque ipſam condemnari debeat; quod & receptum eſt *d. L. in re*, *L. arbitrio*, in prin. verſ. *non tantum*, *D. de dolo*. Et ut nihil dicatur amplius, vel hoc ipſum ſatis cauſſæ eſt, cur in hac re non debeat reus in rem petitam condemnari: quod ſi damnatus erit, ſententia nihil egerit; cum ea res non poſſit præſtari. Hic vero, ſi quæratur, cuius temporis æſtimatio facienda ſit, diſtinguamus ex ſententia *L. 3. D. de cond. trit.* ut ſiquidem res deterior facta non ſit ante, quam interiit; tum ſpectetur non quidem noviſſimæ vitæ tempus, ne ad exiguum precium æſtimatio redigatur: ſed illud, quo incidit in morbum, vel vulnus accepit, ex quibus rebus interiit. Sin ante facta ſit deterior, tum ad tempus moræ reducatur æſtimatio: ideſt, tanti res æſtimetur, quanti plurimi fuit, cum mora facta eſt. *d. L. in re*, §. 1.

D. de

D. de cond. fur. hoc ut dixi, necessitas rei exigit. Sed etiam tum, cum potest res per rerum naturam præstari: tamen multis modis æquum est, reum præstatione rei petitæ liberari, proindeque damnari potius in æstimationem.

III. Cur ita videatur æquum, quatuor sunt caussæ. Interdum res aliena est, quæ petitur, quam dominus vendit quidem: sed non nisi immenso precio. Non est æquum, si reus non desierit eam rem dolo malo possidere, cogi eum emere rem, quam non habet, ea conditione, ut supra iustam æstimationem oneretur. Alioqui plus cogetur præstare, quam debuit. Ita, quoniam alia conditione rem habere non potest: restat, ut non in rem, quam non habet, sed in veram æstimationem eius adversario damnetur. Hoc faciendum esse in re aliena legata, quæ exigatur ab herede, quam eandem dominus aut non vendat, aut vendat immenso pretio scriptum est in *L. si domus*, *§. qui confitetur*, *D. de leg.* 1. Cur non idem respondeatur in omnibus rebus debitis, quæ dolo debitoris non absunt: ratio reddi non potest. In quo rursum si quæratur, cuius temporis æstimatio spectanda sit, cavetur in *d. L.* 3. *de cond. trit.* quod hic teneamus, ad hanc sententiam: ubi de æstimatione rei, quæ adhuc extat, quæritur (quod hoc casu contingit) spectandum esse condemnationis tempus duobus temporibus. Uno, cum res ante deterior facta non est, ut nunc quidem non sit minoris, quam fuit tum, cum petita est: altero, cum facta quidem est deterior, sed reus in re præstanda moram non fecit, quod accidit cum rem nunquam habuit, ut in ea specie, de qua agimus. Nam si moram fecerit in ea re (quod fit, cum rem habuit cum petebatur, quam deinde consulto alienavit) eaque deinde deterior facta sit; faciendum est idem, quod supra, ad tempus moræ videlicet reducenda æstimatio est.

IV. Interdum res debitoris est, habetque is eius præstandæ facultatem: sed humanitas facit, ne res ab illo abstrahi debeat, dum æstimationem offerat. Quod probatum est in servo legato, qui sit pater heredis aut filius eius naturalis, quem legatarius ab herede petat. Plus quam humanum est, concedere hoc affectui & caritati patris, ut filium apud se habeat: pietati filii, ut apud se habeat patrem: humanum & illud habere rationem libertatis, ad quam credibile est, filium a patre, patrem a filio retineri, & hanc anteponi affectioni nescio cui actoris, qui dum habeat æstimationem, nullum eius incommodum est, si servo careat, pro quo facile alium possit parare: hoc idem scriptum ab Ulpiano eodem loco, quo superius, positum est in *d. L. si domus*, *§. qui confitetur*, *de leg.* 1. de tempore, quod in hac re æstimanda spectetur, idem quod in superiore specie tenebimus.

V. Nonnunquam ideo æquum rem ab eo, cum quo agitur, retineri: quia cum hoc ei utile est: tum vero non expedit ne actori quidem ipsi, rem ad illum transferri, ut petit. Quod accidit in iudiciis divisoriis familiæ erciscundæ, communi dividundo, tum, cum de una re dividenda agitur, quæ non potest ita dividi, ut singuli ex sociis rei communis partes divisas obtineant sine incommodo. Et ideo cum in his pars divisa petatur a singulis; tamen officium iudicis in eo genere tale est, ut cum res commode dividi non poterit, ut homo, bos, equus, non eam dividat: alioqui eam perdet: sed quod ex usu est utriusque, eam totam uni adiudicet, & re æstimata eum invicem in æstimationem partis, quam habet amplius, quam pro iure communionis, alteri condemnet. Sin ita possit, res dividi sine detrimento, ut tamen effici non possit, quin unius pars alterius partem superet: iubetur iudex dividere quidem hoc modo, & singulis adiudicare partes: sed ita, ut quia plus uni tribuit, quam iusta divisio postulat, hunc invicem certa pecunia, nempe in æstimationem eius, quod amplius ei adiudicavit, alteri condemnet. Idem observatur in iudicio finium regundorum, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Placet enim ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari debere ita, ut is alteri in certam pecuniam condemnetur: hoc apud Iustinianum, in *§. eadem*, & seq. *Inst. de off. iud.* Cætera in his iudiciis, quæ sunt in officio iudicis: nempe, si plures sint res communes, ut singulas singulis adiudicet, & si in alterius persona prægravare videbitur, ut hunc certa pecunia alteri condemnet: tum ut si quid in rebus communibus damni quis dedit, sive quid ad quem pervenit ex re communi, is eo nomine pro parte alteri damnetur: sin contra alicui sociorum quid abest societatis nomine, ut ei sententia iudicis pro parte sanciatur: quibus in rebus versantur illæ, quæ personales præstationes horum iudiciorum appellantur. *§. si familiæ*, *Inst. de off. iud. L.* 3. *D. com. divid. L. item Labeo*, *§. familiæ*, *D. fam. ercisc.* Hæc

inquam omnia magis ex vi, & potestate petitionis, quam contra petitionem statuuntur: his enim modis, ut res communes dividuntur: sic dividuntur commoda & incommoda, quæ per occasionem communionis contigerunt: sed ut quisque sociorum nihil eorum amplius ferat, quam pro portione. Petitur autem bis iudiciis, divisio, idque agitur, ut a communione recedatur. Itaque nihil ea ad hunc locum. Tantum in his quæritur, quæ sit ratio res dividendi, efficiendique, ut a communione discedens unusquisque suam partem ferat integram, quod ex singulis iudiciis petendum est.

VI. Postremo nonnunquam evenit, ut debitor, si rem præstet post rem iudicatam, sicuti petita est, plus aut minus præstiturus sit, quam habiturus foret petitor, si res statim restituta esset. Quod non est æquum. Ut enim creditor in re de qua non convenit, ut certo die daretur, id habere debet, quod petiit, quale est, cum petitur, quodque ex ea habiturus foret, si eo tempore res data esset, cum petita est; ita dum id habeat, satis est. *L. 2. D. de usur. L. cum fundus, D. si cer. pet. L. illud, D. de petit. hered.* Ut autem plus minus re consequatur petitor, si reus rem ita, ut petita est, præstet, contingit tum, cum genus petitum est earum rerum, quarum in genere ipso certa est æstimatio, & eiusmodi, quæ temporibus commutetur. Quales sunt, quæ constant pondere, aut mensura: ut si creditor ex caussa mutui petierit decem modios frumenti, aut vini decem dolia: deinde sententia iudicis cogatur reus tot modios frumenti, tot vini dolia præstare. Nam hæc qui petiit, petitionem retulit ad id vinum, quod tunc est cum agitur.

VII. In universum enim probandum est, eum qui suum, aut sibi debitum quid nominat, semper præsens tempus demonstrare intelligi. *L. si ita legatum, D. de aur. & arg leg* Finge ergo, minutam esse æstimationem vini eo tempore, cum res iudicatur: si liberatur reus vinum dando, non consequitur creditor eam æstimationem, quam, si vellet, esset habiturus, si statim vinum datum esset: fac contra auctam esse æstimationem. Si cogitur reus vinum dare, plus petitor consequitur, quam consequeretur, si statim vinum esset restitutum. Quorum utrunque cum, ut dixi, sit iniquum, & contra rationem iuris; consequens est in vinum, quod nunc est, non debere reum condemnari: sed in id, quod fuit, cum petitum est, quod ita fit, si damnetur in eius vini æstimationem. Nec quisquam dicat, si vinum, quod petitum est, ab initio datum foret, petitorem eius æstimationem fuisse habiturum, quæ postea secuta est. Qui scis enim, si id datum esset, an fuerit usque ad rem iudicatam permansurum? Nam profecto alienari potuit, & consumi a creditore & ipso casu perire. Et vero cum datum non sit, non possumus affirmare id fuisse mansurum, quod datum esse & mansisse non constat. Idem de specie certa petita dici non potest. Etsi enim hæc, si data esset initio, perire eodem modo potuerit, & consumi, tamen quia id factum non esse constat, cum extet res etiam nunc tempore rei iudicatæ; ideo in re certa, quod evenerit spectare oportet, non quid potuerit evenire: hæc caussa est, cur placeat vino petito in genere condemnationem fieri debere in æstimationem vini: & in hac si quæratur, cuius temporis æstimatio spectanda sit, eius temporis esse spectandam, quo convenit, ut vinum daretur: si non convenit, tum esse spectandum, quanti vinum fuerit cum lis contestata est. *L. vinum, D. si cer. pet. L. ult. D. de cond. triti.* Sic enim fiet, ut consequatur creditor id, de quo actum est, vel quod petiit, quale tunc erat, nec quidquam amplius, ubi certum non sit, petitorem id habiturum fuisse: quanvis res statim esset restituta. Et hoc spectatur in strictis iudiciis. In bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus, quanti res sit observatur. *L. 3. §. in hac, D. commod. L. 3. §. ult. D. de actio. em.* Sed de hac re tota disserui [1] diligentius in *L. vinum, D. si cer. pet.*

VIII. Illud animadvertendum fieri hanc condemnationem in genere earum rerum, quæ pondere, numero, aut mensura constant; quia recipiunt certam æstimationem, in singulis ponderibus & mensuris, in quam proinde condemnatio fieri potest. Cæteris autem

1) De quo & fusissime disceptant Anton. Fab. 16. *Coniect.* 1. *& seqq & 16. Err. Prag.* 1. *& seqq. ac Cod. suo Titul Si cert. pet. definit.* 7. *& seqq* Andr. Kohl. *Exercit. legali* 10 *& seqq.* Marc Lyckl̄ama *in Repet. d. L. vinum.* Casp. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad Ant. Fab. Tract.* 20. *& seqq.* Strictius Gœd, *de Contr. stip. Cap.* 11. *Concl.* 6 Vaud 1. Q 41. *n.* 19. *& seqq.* Charond. 1. *Verisim.* 12 Andr. Clud. *de Condict. certi.* C. 4. *n.* 125. *& seqq.* Arumæ. *de Mora* C. 8. *n.* 5. Io. Kitzel. *de Oblig. Mutui* C. 9. Confer. Munnoz. *de Ratiocin.* C. 17. Ego me huic liti non implico, quam alio tempore pro virili tractabo in Comm. de bona & mala fide, &c. De æstimatoribus, qui pretium definiunt, vid. præter citatos *supra Lib.* 21. C. 1. *N.* 4 Valasc. *Praxi collat.* C. 9 Io Garsia Gallec. *de Expens.* C. 24. Menoch. *Adipisc. possess. Remed.* 5. *n.* 162. *& seqq.* add. *Nov. Sax. Elect.* 32. *p.* 1. & ibi Moller Confer. Dominic. Soto *Lib.* 6. *de Iust. & Iur.* Q. 2. *Art.* 3.

Digitized by Google

autem rebus, quæ sua tantum specie æstimantur, generaliter petitis, ut homine, equo, bove, non solum in hæc eadem condemnabitur reus: sed etiam ita eum condemnare necesse est, non in rei petitæ æstimationem: homine quovis generaliter petito, ut non omnes homines simul petiti intelligantur, sed unus homo ex omnibus: sic non potest nisi unus æstimari, & is quidem: qui sit certus, & quam prius constiterit debere dari; hoc autem ante sententiam constare non potest. Quis enim detur, in electione rei ita positum est, non actoris. Ita cum non sit, quod æstimetur, necesse est, qualis petitio fuit, talem quoque fieri condemnationem: adde quod non est periculum, ne hoc modo maioris pretii hominem actor consequatur, quam ab initio petiit. Cum enim certum hominem nullum petierit: apparet eum nec certi pretii hominem petiisse.

IX. Eædem caussæ & similes efficiunt in iis actionibus, quibus, ut quid fiat, petitur: ut fiat condemnatio maxima ex parte, non in hoc, ut reus faciat, quod petitum est, sed in id quod interest id fuisse factum. Petitur, ut quid fiat in actionibus in rem omnibus, in quibus hoc agitur, ut res petita restituatur. Item in actione ad exhibendum, tum in actionibus in personam, quibus aut ad rem restituendam agitur, quæ a nobis profecta sit, cuius proprietas a nobis non recesserit; ut commodati, depositi, mandati; aut ad rem tradendam, ut in actione ex stipulatu, cum rem stipulati fumus. Siquidem ergo res, de qua agitur, interiit, eadem necessitas, quæ supra, cogit condemnationem fieri in id, quod interest; postquam non possit reus utiliter damnari ad restitutionem, exhibitionem, traditionem eius rei, quæ restitui, exhiberi, tradi non potest. *d. L. arbitrio*, in princ. vers. *non tamen*, *D. de dolo*.

X. Sed etsi res extabit, & erit, quod natura possit præstari: tamen ea est bonorum iudiciorum conditio, ut quemadmodum dixi, magna ex parte condemnatio fiat in id, quod interest. Interdum quidem, ut reus faciat, quod petitur, sed raro: & quanvis id factum sit primo: tamen ut plurimum pergit iudex, & summa condemnatio est in id, quod interest. De caussis paulo post. Ante, quod sit in his iudiciis circa condemnationem iudicis officium breviter dicam: quando id est ab eo, quod in aliis iudiciis receptum est, longe diversum, & de eo inter omnes convenit. Ergo in actionibus in rem officium iudicis tale est. Primum, quia de iure rei petitæ agitur, quo iure actor rem ad se pertinere, & sibi restitui debere intendit; ante omnia declarat sententia sua iudex, rem controversam eo iure esse, quo intenditur. Ut si rem suam esse intendat actor, declarat iudex, eius esse. *L. ex diverso*, §. 1. *D. de rei vindic.* Quod proximum est, quoniam petitur rei restitutio: in re extante (de qua nunc nobis sermo est) semper iubet possessorem rem restituere: hunc iussum pro iusta sententia esse fortasse quis existimaverit, sic ut eo interposito necesse sit iudici quiescere, tanquam officio suo functus sit; ut qui hoc modo pronunciaverit de re controversa, & reum condemnarit. *arg. L. iudex*, *D. de re iud.* Et habetur quidem certe hic iussus pro sententia interdum: verum non semper, sed & post hunc restat etiam nunc iudici sententia ut plurimum, qua reum in id, quod interest, condemnet. Quod cum ita sit; non tantum, quia hic iussus adeo dissimilem vim ad iudicium transigendum habet: sed etiam, quia hoc totum ius posterius huius generis actionum proprium est, & ab aliarum actionum iure abhorret; quale sit, præcipue in officio eius, qui de hac actione iudicat, considerandum est. Si quidem ergo possessor iussus rem restituit, aut non restituit quidem, sed eam habet in potestate: iussus pro iusta sententia est, sic uti ultra nihil habeat iudex, quod de re pronunciet, & in quo reum condemnet. Priore casu, quia possessor iussui parendo, eumque voluntate sua ita confirmando, nihil reliquit iudici, quod amplius de re pronunciaret. Posteriore, quia etsi possessor non paret iudici volens: tamen magistratus iussum exsequendo rem ei aufert etiam manu militari, quomodo efficitur, ut iussus sententiæ, & rei iudicatæ vim obtineat. Hæc colligimus ex *L. qui restituere*, in princ. *D. de rei vind.* Quod si restituere iussus, neque rem restituit, neque eam in potestate habet, dum eam aut dolo malo, aut culpa desiit possidere: hic iam incipit superior iussus in ea caussa esse, ut habeatur pro admonitione duntaxat, & arbitrio iudicis, tanquam amici officio fungentis monentisque, ut possessor rem restituat: non etiam pro condemnatione. Etenim, si pro condemnatione haberetur, iudicata res esset, & sive bene, sive male, officio suo functus esset iudex, nec ultra posset progredi. *d. L. iudex*, *D. de re iud.* Nunc autem hoc

Digitized by Google

hoc servatur, ut quasi sententiam non dixisset prius, sequatur eius [a] condemnatio nova, qua damnatur reus in id, quod interest. Hoc in *d. L. Qui restituere, 2. respon.*

XI. Non idem fit in iis iudiciis omnibus, in quibus ad dandum agitur. In his, si damnatur reus, ut rem det, nihil amplius quæritur: si damnatur in æstimationem, statim damnatur, nec ullus præcedit iussus, ut rem det, ut sic ea non data sequatur condemnatio. Et recte. Non enim est necesse. Si namque damnatur reus rem dare, & non dat, nihil opus est propria cognitione, & sententia de rei æstimatione, quæ certa esse potest sine iudice, quamdiu res exstat. Si damnatur in æstimationem, id tum fit, cum æquum est reum in rem ipsam non damnari, ut supra diximus; ut proinde: vel stultum, vel iniquum sit iubere rem dari, quam scias dari non debere.

XII. Cur ergo in actionibus in rem, & similibus contra fit potius? Quia iudicii necessitas tale officium iudicis exigit. Nam primum in his quamdiu res restitui potest, æquum est semper reum iuberi, ut rem restituat: ob eam caussam, quam mox dicam. Quod si restituere iussus non restituit, neque rem habet, nihil est iam, quod ab eo exigatur, præter facti æstimationem, ea est autem id, quod interest. Atqui ad id æstimandum sententia iudicis opus est. Res enim in facto posita est, quatenus cuiusque intersit, & disquisitione indiget non minore, quam reliqua, quæ in iudicium deducuntur. *L. quatenus D. de reg. iur. L. ult. D. de prætor stipul.* Hactenus igitur & officium iudicis fuit protrahendum: alioqui sententia sua controversiam non dirimerit.

XIII. Quod in actionibus in rem iuris est, idem locum habet, & in actionibus in personam, in quibus agitur de re restituenda, quæ quidem profecta sit a nobis ita, ut a nobis proprietas non recederet, ut commodati, depositi, item in interdictis, quibus id agitur, ut opus, quod factum est, restituatur. *d. L. qui restituere* in fin. Idem placet, & in actione ad exhibendum. *§. præterea, Inst. de action.* Ita pendet in his condemnatio ex arbitrio iudicis: id est ex eo, utrum iudicis arbitrio pareas, necne: unde & arbitrariæ dictæ sunt huiusmodi actiones, *d. §. præterea.*

XIV. Reliquæ sunt actiones in personam, quæ ex obligatione faciendi nascuntur, ubi quid tradi debet. Et exstat in *L. si quis ab alio.* in fin. *D. de re iudic.* de faciendi obligationibus definitio huiusmodi: Evenire hoc in omnibus faciendi obligationibus, ut si non fiat, quod promissum est, condemnetur reus in pecuniam numeratam, id est, in id, quod interest. Qua declaratur & in tradendi obligationibus, sive actionibus iis, quæ inde nascuntur, isto modo reum condemnari: & quoniam dicitur non agi isto modo, sed isto modo condemnationem fieri, hinc colligimus sic condemnari reum in omnibus, non tantum si creditor egerit in id, quod interest; quod dubitationem non habet; sed etiam si petierit ab initio rem sibi tradi, quæ ex empto, aut stipulatu tradi debuit. Quorum utrumque & cum restituendi obligationibus congruit. Nam & tunc cum ad restituendam rem agitur, etsi iubetur primo reus rem restituere: tamen si non fit, quod debetur, iam dixi condemnationem fieri in id, quod interest. Sed hoc distant aliæ actiones ab aliis, quod eæ in quibus ad dandum, tradendumve agitur, arbitrariæ non sunt. Qua ex re intelligemus, in his nulla habita ratione, utrum possit reus tradere nec ne; prætermisso præterea iussu, ut reus tradat, statim condemnationem fieri in id, quod interest.

XV. Nunc conabor huius iuris rationem exponere. Ergo in obligationibus faciendi, si non fiat, quod promissum est, condemnatio fit in id quod interest: primum cum promittit quis quid se facturum, non tam factum videntur cogitasse contrahentes, quam facti utilitatem. Ex quo est, quod iam ab initio in eiusmodi obligationibus existimatur id, quod interest contineri. *L. si pœnam, L. quoties quis, 81. D. de verb. obl* Et illud, quod est consequens, quod dicitur iusta æstimatione facti dandam esse petitionem. *L. stipulationes non.* vers. *Celsus, D. eod.* Qua de re si quis plura desiderat dixi, quantum satis esse videbatur, ad *L. si quis ab alio, D. de re iudic.* & ad *L. stipulationes, de V. O.*

XVI.

a) Et hinc quia condemnatio sequitur, iussum illum, seu arbitrium nunquam esse sententiam, arguit Ant. Fab. 16. *Coniect.* 17. *&* 17. *Err. Prag.* 6. *ac* 18. *Err. Prag.* 4. *&* *passim*. Et iussum illum pro interlocutione habent Menoch *Arb.* *Q.* 3 *n* 9 Vaud 1. *Q.* 54 ac non iure actionis, sed iudicis officio expediri, Mudæ. *in* §. 1. *Inst.* *de act.* n. 39. Sneidvin. *ibid.* n. 62. Menoch. *Adipisc. poss. Remed.* 4. n. 524. Quod Molinæ. *in Novo intellectu*, *L. si partem*, 19 *Quem serv. amit. & aliar. quas coniunxit* n. 23. refellere nititur. Sed hac de re quid nostri iudicii, alio tempore.

XVI. Secundum quæ recte dicetur, eum, qui petiit, ut quid fieret in eo, quod prius ad ius eius non pertinuit, etsi videtur verbis factum deduxisse in iudicium, vi tamen ipsa & sententia verborum utilitatem facti, id est, id quod interest, deduxisse. Tum autem, ut detur deduxisse factum, tamen condemnatio facienda est potius in æstimationem facti; quia si reus recusat facere, quod promisit, ut hactenus fecit, sententia erit ipsi etiam actori inutilis. Nam magistratus, qui sententiam exsequitur, extorquere ab invito reo non potest, ut faciat. Tantum potest pecuniam, æstimationem eius, quod interest. Hanc vero non potest, nisi prius certum factum sit, quanti eius intersit: nec vero potest certum fieri, nisi sententia iudicis: quoniam, ut supra dixi, res in facto posita præcipue inter alias cognitiones definitione iudicis indiget. Sed cur non placet primo iuberi reum, ut rem tradat; ut sic exspectetur, an faciat necne; tum deinde, ni faciat, damnetur in id, quod interest? Quia nulla æquitatis ratio cogit id exspectari, atque ita differri iudicium. Sive enim de affectione actoris quæritur, eius affectionis in re, quæ numquam illius fuit, nulla ratio habenda est: sive quæritur de eius utilitate, nihil eius interest habere, quod petit, dum consequatur eam utilitatem, quam ex facto volebat consequi. Quod ad reum attinet, non est metuendum, ne dicatur eius interesse, ne in aliam rem damnetur, quam quæ petita est. Cum enim noluit facere, quod eum iure facere oportebat, si ob eam caussam damnatur in pecuniam numeratam; id voluntati & contumaciæ suæ expensum ferre debet.

XVII. In actionibus in rem, itemque his, in quibus ad exhibendum, aut rem constituendam agitur, contra receptum est, contrariis de caussis. Primum est æquissimum, quod a nobis profectum sit, & ad nos etiam iure pertineat, id ad nos etiam reverti, si potest, & ut credibile est, id pertinere ad voluntatem nostram, ita in eo affectionis nostræ, non tantum utilitatis haberi rationem. Cum hoc æquum est; tum vero potest iudex consequi, ut fiat, rem, quam possidebit, tenebitve, ei auferendo. Quod si res non possidebitur a reo, quia tamen ab eo recuperari potest; melius est, tempus constitui ad eam restituendam, intra quod exspectetur, an is condemnationem metuens iussui iudicis pareat.

XVIII. Quid sit habendum in eo, quod interest, scripsimus in commentario de eo, quod interest. Cuius temporis utilitas in eo spectanda sit a iudice: idest, an æstimandum sit, quod quovis tempore interfuit, an solum, quod interfuit tempore litis contestatæ: declaratur in *L. si calendis, D. de re iudic.* quem locum illic pluribus exsecuti sumus.

XIX. Illud proprium est huius loci, diligenter monere & videre, quodnam sit in eo officium iudicis; cum & res, quæ dari debuit, & in facto id, quod interest, sit æstimandum, non unam in hac re receptam esse æstimandi rationem. Alias æstimatur res, quanti vere est; quod positum est in iudicis cognitione, de qua supra dictum est. Alias quanti res erit ab actore æstimata iureiurando in eam rem illi delato, quod appellatur in litem; idest, rem, quæ in lite versatur, æstimet. Quod quia neque fit passim, neque etiam convenit; ideo ubi id faciendum sit, & quomodo in eo se gerat, iudici videndum est,

CAP.

C A P. VI.

De in litem jurando. Quid sit in litem iurare. Huius iurisiurandi quæ species.

In litem iurare, sive iureiurando æstimare litem quid sit; quid potissimum nomine litis significetur. I. II.
Tale iusiurandum æquitate exigente receptum esse. III.
Cum in rebus quæ dicuntur amissæ, nec probantur; tum in earum æstimatione: posterius hoc quomodo temperatum. IV.
Item in sola rei petitæ æstimatione quam constat præstari debere: æstimatio sit aut pro affectione, aut pro rei veritate. V.
Hinc esse iusiurandum, quod vulgo nuncupant, affectionis & veritatis: quid sit utrumque. VI.

I. IN litem [1] iurare nihil aliud est in usu Iuris, quam iurare in litis æstimationem, iureiurando litem æstimare, seu iurare, quanti litem æstimes. Litem accipimus rem, de qua lis & controversia est. Utrumque pene expressit Ulpianus in *L.* 1. hoc tit. *Crescere potest*, inquit, *condemnatio in iudicio per iusiurandum in litem*. Et hoc ita explicat: *nec res*, inquit, *pluris fit per hoc, sed æstimatur ultra rei pretium*. Itemque ex eodem Ulpiano intelligimus in *L.* 3. & *L.* 4. §. 1. sed & Marcianus in *L.* 5. cum dixisset in certis iudiicis in litem iurare, subiicit statim; *sed iudex potest præfinire certam summam, ad quam usque iuretur*. Ecce in summam certam & præfinitam iurare, & in litem iurare pro eodem posita. Ibidem, iusiurandum in litem deferri dicitur, ut inde possit iudex rem æstimare. Nec aliud significant illi modi loquendi, in litem iurare, quanti actoris interfit; quantitatis enim verbo æstimationem rei intelligimus. *L.* 3. *L. tutor*, *L. pen. h. tit. L.* 3. *D. ad exhib.* ubi dicitur, iudex quantitatem taxare. Lis igitur, idest, res de qua lis est, ut antea dixi, figura usitata, [2] continens pro contento: unde illa passim in libris responsisque veterum Iurisconsultorum eodem more usurpata, litem alicui æstimatam esse, aliquem litis æstimationem sustulisse, *L. si propter. D. rer. amot. L.* 2. in fin. & *L.* 3. *D. pro empt. L. nec ullam*, *§. pen. D. de petit. her.*

II. At illud, inquies, quomodo potest recipi, ut in litem interpretemur, in litis æstimationem? Nam si maxime diversa sunt, res aliqua, & eius rei æstimatio: necesse est, itidem maxime diversa videri, litem & eius litis æstimationem, ubi lis pro re, de qua lis est, accipiatur. Et necesse esset ita videri, si lis significaret omnem rem, de qua lis est: quo sensu quodcumque iusiurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem. Sed apparet veteres in huius iurisiurandi appellatione verbum totius tribuisse præcipuæ parti litis per excellentiam; ut litem dicerent id, quod est quidem in lite, sed quod est summum ac præcipuum, & ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem est damni aut amissi lucri æstimatio, quam actor iudicio consequi contendit. Quo fit: parte, atque hoc effectu, qui maxime lite petitur, & in lite versatur, iusiurandum in litem dictum sit, quod esset in ipsam litis, & rei in iudicium deductæ æstimationem. Sed de verbo satis, & tamen necessario propter nonnullorum de eo dubitationes interpretationesque contrarias. Nunc de re ipsa dicamus.

III.

1) Materiam hanc plenius tractare, vix finunt, quæ sequuntur. Nec temperare tamen possum, quin aliquibus corruptionibus A. Fabri occurram. Omittenda itaque plura de quibus consulas ad totam materiam Duar. *ad hoc tit. D. in prioribus poster. Comm.* Baron. *ad eund.* & Borch. Synoptice, & Beust. (sed qui brevius) *ad Rub. D. de iurei. n.* 127. *& seqq.* Zas. *ad Sing. LL. h. t. D.* pleniorem tractatum Io. Bapt. Plot. *de in lit. iur. ad L.* 9. *C. unde vi.* Ad præcipua quædam eiusdem Menoch. *Arb. Cas.* 207. *& seq.* Coras. 6. *Misc.* 1. *&* 3. *seqq. & C.* 9. *ac ad L. in act.* 5. *h. t. Tomo* 1. *fol.* 606. *&c.* Charond. 3. *Verisim.* 8. Vital. *L.* 1. *Var. Lect.* 21. *& seq.* Gœd. *ad L.* 192. *de V. S.* Sneidvin. *ad §. item si* 11. *Instit. de act. n.* 33. *& seqq. & ad §. præterea.* 31. *eod. n.* 22. *ac seqq.* Munnoz *de Ratiocin. C.* 9. *n.* 26. *usque ad n.* 39. *& n.* 55. *ac n.* 73. *& seqq.* Fort. *de Iurisdict. Rom. p.* 2. *lege Numa* 3. *n.* 33. *& seqq.* Matth. de Afflict. *Dec.* 169. (& ibi in annot. Cæs. Ursil.) *& Decis.* 330. *ac* 360. Vinc. Caroc. *Decis.* 12. M. Ant. de Amat. *Decis.* 165. Virgil. Pingicz. Q. 52. Polydor. Ripa *de Nocturno tempore C.* 30. *& seqq.*

2) Duar. *ad hunc t. D. C.* 1. Borch. *hoc t. Cap.* 1. *n.* 8. Charond. 3. *Verisim.* 8. Lis non significat iudicium, ut Azo & Hostiensis, quo in loco iudicii præstetur, quia hoc commune est aliis, sed rem de qua contentio in iudicio.

Digitized by Google

III. Et cum hoc iureiurando constituatur actor iudex in caussa sua invito reo, quod genere ipso iniquum est. *L. Iulianus autem*, 16. *D. de iudic. tit. C. Ne quis in sua caussa iud.* certum est, iusiurandum esse eiusmodi, quod temere non fuerit admittendum, & quod dici solet, nihil de solemnibus immutandum, nisi ubi evidens æquitas posceret. *L. etsi*, *D. de reg. iur. L. pen. D. de in int. restit.* Quam ob caussam & hoc iusiurandum quibusdam in caussis ex æquitate ita exigente receptum est.

IV. Receptum est autem alias de rebus, quæ amissæ dicuntur, nec amissæ probantur, simul & de earum rerum æstimatione: alias de sola æstimatione rei petitæ, quam rem prius deberi aut præstari debere convenit. Prius introductum est constitutione Zenonis adversus eum, qui vi aliquem de possessione deiecit. *L. si quando*, *C. Unde vi.* Nam si is, qui deiectus est, quædam in ea vi sibi erepta aut amissa, aut corrupta esse dicat, & damnum ad certam summam æstimet; placet huic iuranti credi non solum de æstimatione earum rerum quas prius fuisse, ac per vim amissas esse constabit; sed etiam de ipsis rebus, numero, & conditione earum, quamvis 3 aut non doceat se prius habuisse, aut cum haberet, per eam caussam amisisse: & in summa credi actori, se ad hanc aut illam summam damnum passum esse iuranti, & ut nunc loquimur, litem iureiurando tanti aut tanti æstimanti: cum hoc tamen temperamento, ut iudex pro personarum & negotii qualitate taxet certam summam, quam actori iureiurando excedere non liceat, ut illic in commentariis ad illum titulum exposuimus.

V. Alterum de æstimatione scilicet rei petitæ, quam rem prius præstari debere constat, iusiurandum in litem vetus est, solumque veteribus cognitum atque explicatum. Cui locus est in iudicio de re principaliter petita, adversus eum, qui eam rem non præstat dolo culpave, ut infra docebo. Hic prætereundum non est, duplicem æstimationem adversus frustratores reos actori concessam esse, in quam & iuratur, atque ex ea & de iureiurando in eam admittendo varie statuitur. Interdum ob rem non præstitam permittitur actori rem æstimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc æstimationem reus condemnetur. *L. 1. L. tutor*, *D. hoc tit.* Alias æstimatur res ex vero, seu quanti est, ut non amplius sententia iudicis prætetur. *L. 2. §. 1. eod.* quæ & solemnis atque usitata rerum æstimandarum ratio est. *L. pretia*, *D. ad L. Falc. L. si servum*, *D. ad L. Aquil.*

VI. Hinc 4 duplex iusiurandum de æstimatione rei petitæ, de qua nunc agimus, natum est. Unum, quo iurat actor, quan-

3) Ubi statur iuramento damnum passi, quia plerunque difficilis probationis modus & quantitas damni dati eiusque facultas ipsius adversarii facto prærepta. Modo tamen appareat damnum datum esse, quia hæc qualitas (scilicet generalis, quod vis facta sit, quod res ablatæ) testibus probari debet, vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 36. *n.* 4. Mynf. 4. *Obs.* 12. & 5. *Obs.* 71. Zobel. *Diff. iur. civ. & Sax.* 30. *p.* 1. *n.* 4. & 5. Ant. Fab. 18. *Err. Prag.* 8. Qui hoc iusiurandum Zenonianum vocat veteri iurisprudentiæ ignotum. Eique ut locus sit, requiri vult (1) ut non aliunde apparere possit, quid quantumve ablatum, vid. Plot. §. 2. *n.* 1. & *seqq.* (2) Odium violenti invasoris. (3) Ut citra hoc res æstimari nequeant, Mynf. *d. Obs.* 12. duo requirit: Probandi difficultatem & delictum adversarii, ideoque heredi speciali hoc non deferri, sed huic aliter probandum esse, ut tamen eius imperfectæ probationes iureiurando necessario suppleantur. In herede vero, si instructus sit de damno, contra haud temere sentit Coras. *ad L.* 5. *hoc tit. n.* 29. *in fin.* quia hic odium dolosi solum spectatur, nec lex minus affecta erga conscientiam heredis; alias sæpe totius litis commodo hic privaretur. Idem Mynf. *d. Obs.* 71. iuriiurando huic locum non esse, quando non contra ipsos raptores, sed dominos ditionum, qui deprædationis damnum sarcire aliqua ex caussa tenentur (veluti mercatoribus ad nundinas proficiscentibus) agitur, Plot. §. 2. *n.* 32. Koppen. *Decis.* 37. *n.* 13. Plerisque Italiæ locis statuta ut iuramento damnum passi credatur, Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 7. Cum autem statutum disponit, standum esse iuramento pro plenaria probatione, non recipitur contraria probatio, quia ex illo, præsumptio iuris & de iure, ita Io. Ant. Trigona *Singul.* 55. Secus si simpliciter dicat standum esse, ut citati a Rauchb. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 35. Conventionem quoque ut nudæ assertioni damnum passi stetur, valere sentit post alios Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 29. *n.* 5. De quo vid. Io. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 47. Iure Saxonico hoc violentiæ casu receptum iuramentum minutionis vel minorationis. Soli enim iuratæ assertioni ac æstimationi actoris creditur, (modo res non eæ sint quibus certa iure æstimatio) sine taxatione iudicis, nisi reus iuramento suo illam moderetur aut minuat, vid. Fachs. inter *Diff.* Zobel. 30. *P.* 1. *n.* 6. Beust. *ad Rubr. de iureiur. n.* 107. Coler. *de Process. execut. in præfat. n.* 15. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *tota*, ubi *n.* 26. & *seqq* eius differentiam a iureiurando in litem percenset. Quærit Duar. *ad h. t. D. n.* 53. an pecunia in sacculo deposita, si is resignatus reddatur deponenti & hic iurare velit pecuniam subtractam esse, credatur. Affirmantem æquiorem vocat, cumprimis si apud cauponem depositum. Inhumana enim eorum sententia, qui res omnes sacco inclusas cauponi patefaciendas esse, nec aliter illum teneri quam singularum recepta custodia. Quippe & durum ad pandenda patrimonii secreta cogi, *L.* 2. *C. de alim. pup.* & periculi plenum. Modo tamen dolus cauponis ex conditione personarum aliisve coniecturis pateat, qui sola resignatione non arguitur, quid enim si, hero inscio, famulus signacula removerit? ita Duar. Convenit fere Beust. *ad Rub. D. de iurei. n.* 155. & *seqq.* Ac varios casus hic distinguit Menoch. *Arb. Cas.* 208. *n.* 26. & *seqq.* Io. Bapt. Plot. *de in lit. iur.* §. 10. *n.* 6. & *seqq.* Polydur. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 81.

4 (Vulgo tres species statuunt Zas. *ad Rub. D. hoc t. n.* 3. & *seqq.* Plot. *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 2. Beust. *ad Rub. D. de iurei. n.* 142. Forst. *de Iurisd. Rom. P.* 2. *lege Numa.* 3. *n.* 135. (1) Affectionis ad rem, de quo *Cap. seq.* (2) Affectionis extra rem, interesse singularis, de quo *L.* 3. *hoc tit.* & *infra C.* 9. *N.* 7. (3) Veritatis, quod interesse vulgare persequitur, ut *infra Cap.* 10. Sane Zas. *d. loc.* medium veritatis, & postremum æstimationis nuncupat. Sed Coras. affectionis, ut *not. C. seq. N.* 1. ast A. Fab. veritatis iuramentum negat ut *C.* 10. *N.* 1. At quæ interesse singularis dicitur, distinctam speciem non esse ostendit, Borch. *h. tit. Cap.* 2. *n.* 15.

Digitized by Google

quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe pretium excedit. *d. L.* 1. Alterum, quo iurat, quanti sua vere intersit. *d. L.* 2. §. 1. *L.* 5. in fin. Quæ genera ita notantur a veteribus, ut prius vocetur iusiurandum, quanti in litem iuratum est: posterius id, quo iuratur, quanti res est, seu quanti interest, quibus verbis vera æstimatio significatur *d. L.* 2. in fin. *L. tutor*. Genera ob eam caussam ita distincta, ut hæc ab illis tanquam contraria statuantur. *d. L. tutor*, & *L. non a iudice*, *D. de iudic.* Utrumque tamen in litem: nam etsi maxime ac præcipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium æstimat, ut sæpe per antonomasiam ita dicitur, ut in *L.* 1. *L.* 5. *L. vulgo*, *hoc tit.* tamen nihilominus, & alterum in litem dicitur, quia est in litis æstimationem. *L. in actionibus*, 5. vers. *plane*, & *L.* seq. *hic*. Prius affectionis, alterum veritatis vulgo nominant. Atque ut est ista æstimatio, ita etiam varie utrumque admittitur. Priori illi iuriiurando sive æstimationi, quæ ex arbitrio & affectione actoris pendet, quia gravior est, ei, non semper locus esse solet, ut posteriori, quæ veritatem continet. Sed nunc de singulis dicamus explicatius, ac plenius: & de priori prius, quod etiam per excellentiam iusiurandum in litem dicitur.

C A P. V I I.

Cui iusiurandum in litem deferri possit, aut non possit?

In litem iurat verus & solus litis sive rei dominus. I.
Non tamen impubes, sive pupillus, sive filiusfamilias; & quare. II.
Secus si sit adolescens, & velit iurare. III.
Quare furiosus, mente captus, prodigus, & infans hic silentio præteriti. IV.
Tutores & curatores in pupilli & minoris caussa possunt in litem iurare, si velint. V.
Contrariis occurritur. VI.

I. IAm primum constat iusiurandum [1] hoc rei non esse, sed solius actoris. *L.* 2. §. 1. *L.* 5. in fin. *hoc tit.* comparatum videlicet ad sublevandum actorem adversus iniuriam rei, qui rem debitam non præstat, ne actor una cum re, quæ negatur, etiam de æstimatione ipsa in dubium veniat. Sed ne forte actorem hic intelligamus, qui agere potest, seu qui extra iudicium quid petat, res ita definita est a veteribus, ut dicerent, alium in litem non debere iurare, quam dominum litis. *L. vulgo*, *h. tit.* Is autem dominus litis intelligitur, qui iudicio egit, & litem contestatus est. *L. procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de proc.* Sed additur amplius in *d. L. vulgo*, ut is solus possit iurare, qui litem suo nomine contestatus est: quibus verbis removetur aperte [2] procurator: licet dominus sit post litem contestatam. *dd. LL.* Verum dominum hic requirimus, qui scilicet re & effectu dominus sit per omnia. Et ratio est, quia etsi adversus reum is iuste æstimanda est iureiurando; tamen eum falsa aut dubia æstimatione lædi non oportet; quæcunque autem æstimatio hic exigetur, ea certa non est procuratori, si de vera æstimatione rei agitur; non ita vires rei ei notæ esse possunt, aut certe solent, ut domino. Si quæritur de domini affectione, hæc vero soli domino cognita esse potest.

II. Sed nec omni domino hoc iusiurandum deferri placet. Iudicium, quod satis sit ad rem æstimandam, in actore requi-

1) Coras. 6. *Misc.* 1. & 2. & *ad L.* 5. *h. t. n.* 8. unicum esse vult iusiurandum in litem, & nullum affectionis. (1) Quia nusquam habetur æstimationem crescere ex affectione, cum LL. negent pretia ex affectu æstimari. (2) Si occiso vel subrepto servo affectionis ratio non habetur, *L.* 33. *pr. ad L. Aquil.* minus ob contumaciam delictum levius. (3) Hoc iusiurandum defertur ratione interesse pecuniarii, quod in affectione non consistit. (4) Hic iuratur, quanti interfit, *L.* 3. *L. pen. h. t.* quo utilitas venit, non affectio. Et utilitatis itaque rectius dicetur. Quod vero hic contumacia punitur, id in eo quod actor non probare tenetur, quid sua intersit, sed suo iureiurando iudex ipse sibi assert. Et ultra verum pretium licite iurat, *L.* 2. *hoc tit.* si nempe pluris intersit, non autem ex affectione, &c. ita Coras. cui assentitur Marc. Lycklama *ad L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 81. satis occurrit Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. & *seqq.* ex quo pleraque ad verbum transcripsit Setser. *Lib.* 5. *de iuram. C.* 1. *n.* 11. & *seqq.*

2) Excipiunt, nisi habeat ad hoc speciale mandatum, Plot. *h. Tr.* §. 32 *n.* 5. Quod errore obtinet, non ratione. Vulgo notant iuramentum hoc non deferri ignoranti, sed recte instructo, vid. Plot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 5. & 6. Ideoque nec heredibus nisi verisimiliter informatis, vid. Coras. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 29. & Plot. *d.* §. 32. *n.* 6. Io. Bapt. Costa *de Facti scient. & ignor. Cent.* 1. *dist.* 99. Attamen si defuncto oblatum, dum viveret, id pro præstito haberi, ut mors sit loco iuramenti, notat Gail. 1. *Obs.* 43.

Digitized by Google

requirimus. Hinc quæſitum de minoribus 25. annis, quorum etſi aliquod iudicium eſt de rebus, nondnm tamen ſatis certum eſt, & firmum propter ætatem. *L. 1. D. de minor.* Et exceptus eſt impubes, etiam qui tutore anctore ſuo nomine egerit, ut poteſt *L. 2. C. qui leg. perſ. ſtan. in iud. hab.* & ita Ulpianus in *L. videamus, 4. hoc tit. pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt in litem iurare,* inquit. Addit, *qui impubes eſt*, non ſupervacaneo: ne quis forte de eo, qui olim pupillus fuit, acciperet: ut interdum conſtat pupillum & tutorem ὁμωνύμως [3] appellari eum qui pupillus, aut tutor fuit: cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. *L. ſi tutor poſt. L. cum pupillus, D. de tut. & rat. diſtr.* Et definitio ſuperior de omni impubere intelligenda eſt, etiam filioſamilias, ſi quando contingat hunc ſuo nomine agere ac litem conteſtari, ut poterat olim [4] cum ei hereditas matris acquirebatur etiam Ulpiani temporibus. *L. pen. D. ad S. C. Tertull.* ut hodie adventitia omnia. *L. ult. C. de bon. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid perſequatur iudicio, ut maxime litem ſuo nomine conteſtatus ſit, quod patre conſentiente poteſt, ut & ad conſentiendum pater cogitur. *d. L. ult.* §. 1. in fin. tamen ne ſic quidem in litem iurare poterit, quanvis genus actionis hoc iuſiurandum admittat, ut quia in rem agatur, aut ad exhibendum. *L. 5. hoc tit.* Ætati enim hoc denegatnr, non ſtatui perſonæ: & ætati propter inopiam iudicii. Atqui de tota lite iurare pupillus poteſt, & ſervandum eſt iuſiurandum. *L. qui iuraſſe, D. de iureiur. cur.* & in litem iurare non poſſit? quia prius ſit deferente adverſario, eoque & volente, nec aliter impuberis iuſiurandum valet. Volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur, de reg. iur.* At iuſiurandum in litem a iudice defertur, invito adverſario: ut hic ſi deferatur; ſpeciem quandam iniuriæ habeat. Hæc de impuberibus.

III. *Adoleſcens vera in litem iurare poteſt*, inquit Ulpianus quia ſcilicet iudicii plus eſt in ea ætate, & intelligentia tanta, ut aliorum monitu de rebus communibus earnmque æſtimatione poſſit iudicare: quare & teſtamentum facere adoleſcentibus licet, & obligantur, ſi non habeant curatores. *L. qua ætate, D. qui teſt. fac. L. 3. C. de in integ. reſt.* Sed addit Ulpianus, [5] *ſi velit*, ſi igitur nolit, non eſt cogendus, de quo infra ubi de neceſſitate iuriſiurandi huius ſuſcipiendi diſſeretur.

IV. De furioſo, mente capto, prodigo, infante nihil hoc titulo Digeſtorum cautum legimus: quia ſcilicet & ſupervacuum fuit monere, hos in litem iurare non poſſe: cum conſtet omnes mente aut iudicio carere, & ut alia negocia gerere non poſſunt, ſic multo minus iudicio agere. *L. in negociis, L. furioſi, de reg. iur.* Prodigum etiam metus colluſionis & profundendæ actionis furioſo ſimilem facit, *L. his qui*, in fin. *D. de tut. & cur. fur.* Ita ex his, qui ſunt domini, & litem ſuo nomine conteſtati ſunt, ſolus excipitur impubes, qui in litem iurare non poſſit: cæteris hoc conceditur: qui litem ſuo nomine conteſtati non ſunt, quanvis domini litis effecti ſuperior definitio ab hoc iureiurando excludit.

V. Hinc quæſitum de tutelari cauſſa in *d. L. videamus, 4. hoc tit.* Tutelaris cauſſa ibi dicitur [6] non, qua pupillus adverſus tutorem agit tutelæ; non ſolnm; quod conſtante tutela ea agi non poſſit. *L. ſi finita, D. de tut. & rat. diſtr.* ſed etiam quia in ea actione tutor reus eſt, & non ipſe iuraret in litem, ut illic proponitur, ſed adverſus eum iuraretur ab actore: ſed tutelaris cauſſa intelligenda eſt, quæ exercitione quidem eſt tutoris, ad tutelam tamen, ſeu ad rationem & adminiſtrationem tutelarem pertinet: quod ita ſit, ſi pupilli quidem cauſſa ſit emolumento, ſed quam tutor, ut tutor, id eſt pro ratione officii & tutelæ exerceat, idque ex perſona ſua, dum agit & rem in iudicium deducit, quod poteſt. *L. 1. §. ult. L. vulgo, D. de admin. tut.* Finge ergo tutorem, rem aliquam pupilli depoſitam repetere, aut rem pupilli vindicare, & per contumaciam rem non reſtitui, ut ob id lis iureiurando æſtimanda ſit adverſus contumacem. Quis in litem iurabit? non pupillus, ut ſupra effectum eſt: non etiam pupilli mater, ut ibi ſcriptnm eſt: non quod propter filium in immenſum iuratura ſit, ut Accurſius pu-

3) Ita & Borch. *h. Tr. C. 3. n. 9.* Sed mihi ea ratio probatur, quia aliquando pupillus dicitur adoleſcens, qui curatorem habet, vid. *not. ſupra Lib. 3. C. 29. N. 2.* Aliter Gœd. *ad L. 9. de V. S. n. 17.* accipiens, *ſi* pro *quia*.

4) Sed vid. *not. ſupra Lib. 9. C. 2. N. 2. initio & C. 5. N. 11. & 12.*

5) Etſi enim & hic curatoris ſui conſenſu in iudicio experiatur, ita tamen, ut ipſe potius quam curator agere videatur, Borch. *hoc tit.* C. 3. *n.* 23.

6) Aliter Duar. *hoc tit. n. 10.* ita ſcilicet: Tutelaris hic non eſt quævis pupillaris, quaſi in omni pupillari cauſſa, etſi ex ſtipulatione agatur, poſſit iurari in litem, ſed actio tutelæ; qua nempe tutor nomine pupilli agit contra contutorem remotum vel excuſatum.

tat: alioqui nec actori ipsi iurare permitteretur in caussa sua; sed quia mater quæ tutrix non est, in caussa filii nec domina est litis, nec pro domina habetur, & nemo nisi dominus in litem iurare potest, ne vel domino iniuria fiat, si minoris res æstimetur, quam ex sensu domini, vel reo, si pluris. Restat tutor; sed & hic dominus non est: idemque & de curatore quæritur in caussa adolescentis. De utroque tamen Ulpianus statuit in *d.* §. 1. si iudicium inter ipsos (supple & alios, cum quibus iudicium intercedit) acceptum sit, & pro affectu erga minores suos hoc iusiurandum suscipere non recusent, ius non obstare, quo minus iudicium hoc modo finem accipiat, id est, quominus illi ita iurent, ut cum iuraverint, iudex sequi iusiurandum & tanti reum condemnare debeat.

VI. At tutor dominus non est, sed iure pro domino habetur, cum tutelam administrat. *L. tutor qui tutelam*, *D. de adm. tut. L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt. L. interdum qui*, *D. de fur.* Idemque de curatore dicendum est, quem placet pro potestate non minus rem adolescentis in iudicium deducere. *L.* 1. §. *ult. D. de adm. tut.* At illud certe iniquum est, iurare ipsos de utilitate sua, cum domini non sint; in hoc autem iureiurando de utilitate iurantis agatur, non de aliena. Huic obiectioni occurrit Ulpianus sub finem *d.* §. 1. *non enim*, inquit, *ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est*, *sed ad domini*, 7 *cuius nomine tutelæ ratio postuletur:* quasi dicat, quatenus tutelæ ratio patitur: at ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, postulatur nomine domini, & ideo huius solius utilitatem continet: sed iurabunt isti in caussa minorum suorum, si volent: *grave enim videri*, inquit, *invitos sub alieni compendii emolumento etiam anceps periurium subire:* anceps, ut in re scilicet non satis illis perspecta. Iurant illi quidem in caussa pupilli aut adolescentis de calumnia. *L.* 2. §. *quod observari*, *C. de iur. prop. cal. dan.* Sed ideo, quia de calumnia sua iurant, re sibi comperta: sed & interdum in caussa minorum de re etiam ipsa controversa iurare coguntur: verum hoc quoque ita, si agatur de re probe illis cognita: puta de fideicommisso ab ipsis relicto; quod non magis ignorare possunt testamento relictum, quam se tutores datos, ut est species *L.* 5. *C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota, & facto alieno iurare ne in caussa quidem propria quisquam cogendus est. *L. Marcellus*, §. *iurare*, *D. rer. amot.*

CAP.

7) Ut sic iuret, quod si ipse pupilli loco esset, rem tanti ex affectione æstimaret, Bart. *ad d. L.* 4. *pr. n.* 6. Quare etsi mater pupilli, non admittenda, *d. L.* 4. *pr.* ut mater, quia scilicet litis domina non est; quando tamen tutelam liberorum gerit, admittenda ut tutrix, Borch, *p.* 1. *C.* 3. *n.* 18. *& seq.*

C A P. VIII.

Quibus in actionibus iusiurandum in litem actori deferatur.

Iuratur in litem in tribus actionum generibus 1. in actionibus in rem, & quidem omnibus. I.
2. *In quacunque ad exhibendum actione.* II.
3. *In iis bonæ fidei actionibus, in quibus de restituenda re agitur.* III.
Secus in iis, in quibus agitur de re tum primo præstanda. IV.
Contrariis occurritur. V.
Sed & in aliis iuratur in litem actionibus quæ sunt similes enumeratis; quæ eiusmodi. VI.
Ratio. VII.
An actiones, quæ stricti iuris appellantur, hoc iusiurandum admittant: quo in loco de his auctor. VIII.

I. TRia actionum genera Marcianus in *L. 5. D. hoc tit.* notat, in quibus in litem iuretur, actiones in rem, ad exhibendum, & bonæ fidei. De quibus singillatim exponendum est. Actiones in rem sunt non tantum quibus rem nostram vindicamus; sed sunt & quibus persequimur rem non nostram, ut 1 Publiciana de rebus ex iusta caussa & bona fide possessis, *§. namque, Inst. de act.* & hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis, *§. item serviana, Inst. eod.* & aliæ complures, de quibus agitur a *§. 1. usque ad §. in personam, 16. eod.* De rei 2 vindicatione, quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adversus eum, qui dolo non restituit, in litem iurari. *L. qui restituere, D. de re. vindic.* De cæteris dubitatur, ideo, quia ut in litem iuretur duæ adferantur caussæ cum alibi, tum præcipue in *L. tutor, D. hoc tit.* & quod contumacia punienda sit non restituentis rei, caussa omnium in rem actionum communis; & quod arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit: de quibus caussis postea. At in cæteris actionibus cessat ratio posterior. Marcianus tamen & in his in litem iurari satis aperte demonstrat, cum appellat actiones in rem, non actionem in rem, puta rei vindicationem. Et ita est omnino, in omnibus in litem iurari. De 3 Hypothecaria enim

1) Consentit Coras. *in L. 5. h. t. n.* 16. & Bronch. *h. t.* C. 4. *n.* 25. Uterque per *L. 7. §. 8. de Public. in rem.* Et Ant. Fab. 16. *Coniect.* 16. *&* 20. quia ad exemplum & in subsidium vindicationis inducta, eoque colore datur, quasi actor usuceperit.

2) Item petitione hereditatis, *L. 25. §. 10. de petit. her.* Coras. *ad L. 5. hoc titul. n.* 16. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 15. Plot. *h. Tr. §.* 14. Borch. *hoc tit. Cap.* 4. *n.* 8. actione confessoria, *L. 7. in fin. Si serv. vind.* Menoch. *d. loc. n.* 18. & Borch. *n.* 11. negatoria. Nam etsi hic restitutio vel exhibitio rei non petatur, tamen fienti in confessoria non solum ob rem non præstitam, si adversarius non patiatur me uti servitute, sed & ob cautionem iniunctam non præstitam in litem iuratur, *d. L.* 7. ita & hic Menoch. 1. *Arb. Q.* 5. *n.* 21. Borch. *d. Cap.* 4. *n.* 14. Coras. *ad d. L.* 5. *n.* 16. Duar. *h. t. n.* 1. ac *contra*. & alios defendit Cisner. *ad L. 15. de op. nov. nunc. p.* 183. *& seqq.*

3) Borch. *hoc tit. Cap.* 4. *n.* 19. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 21. Hortens. *ad d. L. 16. §. 3. & §.* 6. Sed hæc ita, si contra tertium possessorem agatur, ubi iurari sic potest in ampliorem summam, quam est debitum, cuius nomine pignus obligatum *d. L. §. 3. d.* 21. *§. ult.* Nam quod in domino est non cogi rem suam iusto pretio vendere: id in creditore, non cogi pignus iusta æstimatidoe, quanti scilicet interest, distrahere, ne & contumacia reo impunis sit, Hortens. *ad d. §.* 3. Secus si contra ipsum debitorem, ubi non æstimatio pluris, quam quanti interest, seu debetur, *d. L.* 21. *§. ult.* ubi ratio differentiæ quam explicat Hortens. *ad d. L. 16. §.* 6. Facessant vero novationes Anton. Fabri 16. *Coniect.* 15. *& seqq. ac* 18. *Err. Prag.* 1. qui & iusiurandum hoc hypothecariæ denegat & *d. §.* versic. *si vero dolo usque ad fi.* pro Triboniani emblemate inepto venditat. In hypothecaria ait, nunquam neque æquitas rei suæ non vendendæ, (cum dominus non sit creditor, nec pignus rei suæ consistat) neque necessitas iuris quasi sine iureiurando res æstimari nequeat, iusiurandum hoc exposcit. Quia creditor indemnis servatur, si consequatur quod interest. Licet id aliter æstimatur, ut est *L. 21. §. ult. de pign.* contra debitorem, ex quantitate scilicet debita, computatis sumptibus in litem factis: pluris enim interesse nequit. Nec contumacia sola æstimatur sine re propria, in qua quis restituenda contumax: Aliter contra possessorem alium, quanti res est. Nam quod plus est in rei pretio quam in debito, restituit debitori, si creditor pignus vendiderit, *L. 24. §. 2. de pig. act.* sive lis per iudicem æstimata, quia & hic species venditionis. Pluris itaque interest contra possessorem, *d. §. ult.* non propter iusiurandum in litem, sed rem ipsam obligatam, ut quod in pretio eius excedit debitum, debitori pigneratitia agenti restituere possit. Cuius æstimatio, quia res exstat, quæ possidetur, fieri potest citra iusiurandum. Deinde in *d. §. ult.* non distinguit inter possessorem qui in culpa & qui in dolo: distingueretur autem, si de iureiurando in litem ageretur. Denique ibi creditor contestatur litem suo nomine, sed supra quantitatem debitam, quia creditor non est, habetur Procurator debitoris: ergo per *L. 7. h. t.* Hæc summa est obiectorum a Fabro. Qui & *d. C. 15. sub fin.* ineptam esse rationem, *d. §. 3. in* versic. *Nam si tanti.* Quid enim, inquit, an non prodest in rem actio, etsi tantundem, non amplius quam personalis persequatur, si debitor inops si alii ipsi creditores: qui si in personam ageretur, ob prælationis iura quædam potiores essent, &c. Sed hæc nimiopere nos non moveant. Nam etsi *d. L. 16. §.* 3. non exstaret, non aliud de hypothecaria nobis statuendum foret, tum per *L. 68. de R. V. in fin.* quam æque sane Triboniano adscribit Faber, sed nullo merito, tum per *L. 5. pr. h. t.* ubi verba generalia hypothecariam quoque continent. Sed excipit Faber, ea sic accipi debere, modo ob id actiones in rem proponantur, ne dominus re sua careat. Nam & bonæ fidei iudicia generaliter ibi dici,

Digitized by Google

enim id expressum est in *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, & in *L. si inter*, *§. ult. D. de pignor. & hyp.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in [4] quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipso plus iuris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non est: nam nihilominus ad ius, possessionemque eius pertinet: cuius iuris quasi dominus esset, ita eius pretium æquum est itidem illius arbitrio statui.

II. De actionibus ad exhibendum generaliter etiam accipere debemus, ut in his omnibus adversus eum, qui dolo non exhibet, iuretur in litem, non tantum tunc cum quis se dominum esse dicit, sed etiam cum qualicunque actione acturus est, ad quam aditum parat ad exhibendum actio. Idque aperte indicat Ulpianus in *L. 3. D. ad exhib.* coniuncto *§. 1. cum*, *§. præterea*, & *§. est autem*. Hoc eo dicimus, quia si quis vindicaturus ad exhibendum agat, sunt qui huic iusiurandum in litem deferri debere non [5] dubitent, quia se dominum dicat: in cæteris actionibus non putent, quia hoc statuant pretium domini solum arbitrio statuendum. Sed si in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diversis caussis & iure tam dissimilibus agitur: attamen in actione ad exhibendum dici non potest: quia in omnibus huius generis una petitio est eiusdem æquitatis, & una caussa omnium communis, ut res exhibeatur, tantum ideo, quia agentis interest. *L. 3. §. sciendum. L. pen. D. ad exhib.* Iam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis, quam dominis rem suam vindicantibus hoc iusiurandum deferatur: defertur enim & creditori pignus vindicanti, ut supra dictum. Quod si ea ratio valeret, ut non alii, quam domino, deferendum putaremus, etiam in actione ad exhibendum prorsus locum non haberet: neque enim quisquam in hac actione ideo vincit sibi rem exhiberi debere, quia sit dominus; sed quia solum se dominum dicat: hoc enim intendere satis est, probare non est necesse. *d. L. 3. §. 1. §. sciendum, ad exhib.* At in omni actione ad exhibendum persequitur actor aliquid suum; nempe usum & copiam rei, de qua quæritur, seu rei videndæ cognoscendæque facultatem, quam & ipsa lex omnium, quorum interest, propriam esse voluit. Merito igitur & hæc ipsa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam cuiusdam domini æstimanda est.

III. Nunc de actionibus bonæ fidei videamus. Et etiamne hic, in omnibus, ut prius in actionibus in rem, & ad exhibendum fieri diximus, in litem iurabitur? Placet in his Azonis, Fulgosii, [6] Duareni distinctio, ut siquidem agatur de re nobis restituenda, quæ prius a nobis profecta sit, & tradita, ius nostrum non mutarit, ibi in litem iurari possit, re non restituta. Sin autem agatur de re aliena, nunc primum nobis præstanda, ibi in litem non iuretur. Et ideo semper constitit in his actionibus bonæ fidei in litem iurari posse: in commodato. *L. 3. §. in*

ci, nec alia tamen denotari, quam quibus restitutio rei suæ petitur, ut *infra h. C. N. 6.* Verum seipsum Faber fert. Nam etsi hypothecariam intentans rem seu corpus suum non dicat: ius tamen in eo sibi suum reale asserit, eiusque quasi dominium vindicat. Et æquitas rei suæ invito non vendendæ hic quoque locum habet, eaque ipsa in *d. §. 3.* vers. *Nam si tanti*, significatur, ut recte Hortens. *ibid.* Neque ad casus inopiæ aut concursus creditorum accidentarios hic respici debet. Quin ea mens est Iurisconsulti: etiam eum solvendo debitor, nec in ære multorum alieno, cautum alium esse debere actionis in rem, reo possessore contumace, quam qui foret in actionibus in personam, debitore contumace. Dices ex Fabro *d. C. 15. in fin.* Pignoris finis est securitas crediti, non ut augeatur condemnatio. Resp. ex *L. 1. h. t.* crescit condemnatio ex contumacia non restituentis. Sicuti & dici potest dominium in id haberi, ut rem tenere eaque frui, &c. liceat. Quin merito creditori iusiurandum hoc defertur, ut debitore pigneratitia agente, magis ipsi prospectum sit. Cum enim huic reddat, quod amplius debito consecutus est, *d. L. 21 § ult.* quod lucrum ex pignoris occasione natum retineri nequeat: *L. 54. de furt.* arg. *L. 17 § 1. de R. V.* non est verendum facile ne immodice iuret, quippe cum ex res lucro suo, modo pigneratitia postea agat debitor, non cessura sit. Quod si solum pignus, citra iusiurandum æstimaretur quanti vere est, & ita quod in pretio excedit, debitum præstaretur creditori quo istud deinde redderet debitori, caussari hic postea posset, rem minoris quam sit, æstimatam esse: id sibi fraudi esse non debere: cum alia utique sit ratio eius venditionis pignoris, ad quam multis solemnitatibus præviis pervenitur; alia huius, quæ ex litis æstimatione inducitur. Non distinguit *d. §. ult.* inter dolum & culpam: Sed generaliter dicit maiorem æstimationem fieri adversus alios possessores. Et indistincte ea maior: alia tamen ex culpa, alia ex dolo: quod aliunde petendum, & textus unus ex aliis supplendus. Postremum quod creditor (vel aliqua etiam ratione) hypothecariam intentando fit Procurator debitoris, in eo quod pretium rei excedit creditum, falsum est, nec lege ulla probatur. Sophistica enim ratio Fabri, æquivocatione ludens: in superfluo eo creditor non est. Ergo Procurator. Non est creditor quoad obligationem personalem, est autem quoad ius pignoris reale, ipsi in tota ea re tributum. Piget plura.

4) Consentit Plotus §. 24. *n.* 5. Borch *d. C. 4. n. 26.* idem statuens in rescissoria & Pauliana. Quin & in Serviana *ibid. n.* 23. De Faviana idem tradit Plot. *d. §. 24. num.* 7.

5) Duar. *hoc tit. n.* 10. *&* 11. ita restringens, cum ab eo intenditur, qui non aliter vindicare potest, ubi si vera litis æstimatione soluta liberaretur reus: æque cogeretur actor ei rem suo pretio addicere, & Coras. *ad L. 5. h. t. n.* 17. ac Ant. Fab. 16. *Coniect.* 15. *p.* 347. quod hoc iusiurandum nunquam detur ad id tantum, quod interest, æstimandum, si non præterea res aliqua præstanda & æstimanda sit. Sed recte Donellus. Et ita indistincte Menoch. *Ca.* 207. *n.* 18. Borch. *h. t. C. 4. n.* 34. Iurandum vero hic, non quanti ex affectu æstimetur res ipsa, quæ exhiberi petitur; sed quanti æstimet damnum, quod exhibitione negata oritur.

6) Duar. *ad hunc tit. n.* 21 *& seqq.* Coras. *ad L. 5. h. tit. n.* 18 *& seqq.* Borch. *h. t. C. 4. n.* 69. *& seqq.* Anton. Fab. 6. *Coniect.* 17. *ac* 16. *Coniect.* 15. *&* 27. *Error. Prag.* 7.

§. in hac, D. comm. in deposito. *L. 1. §. in depositi, D. depos.* in locatione, cum res locata non restituitur. *L. si cui locaverim, §. 1. D. loc.* in rei uxoriæ actione, seu in actione ex stipulatu de re dotali restituenda. *L. si filiofamilias, §. 1. D. sol. matr.* in actione tutelæ, cum res suas pupillus a tutore repetit. *L. tutor, D. hoc. tit.* scilicet, quia in his omnibus de re, quæ a nobis profecta est, restituenda agitur.

IV. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus, utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam constat, placet non aliam condemnationem esse adversus venditorem, quanvis procacia rem non tradentem, quam in id, quod interest. Sic enim scriptum est in *L. 4. C. de act. empt.* Ut in hac procacia non tradentis venditoris iudex curare debeat tantum in condemnationem deduci, quanti interest compleri emptionem; pugnant enim hæc inter se, quanti ea res est, seu quanti interest, & quanti litem iuratum est, condemnari. *L. 2. L. tutor, D. hoc titul. L. non ab iudice, D. de iudic.* Et merito in hoc genere actionis 7 non admittitur Iusiurandum in litem. Illud enim teneodum est, non alias æquum esse rem arbitrio petitoris æstimari, quam cum rei dominus est, aut, quod huic proximum est, rem sui Iuris, seu ad ius suum pertinentem persequitur, ut ante diximus. *L. tutor, h. tit. L. si filiofam. §. 1. D. sol. matr. L. non enim, D. rer. am.* Emptor autem ut rei venditæ dominus non est; sic nec res ad ius possessionemve eius pertinet. *L. qui sibi, C. de her. vel act. vend.*

V. Sed verba Marciani, & alia quædam nobis opponuntur. Marcianus enim in 8 *d. L. 5.* generaliter definit, iurari in litem in bonæ fidei iudiciis: sicut in actionibus in rem & ad exhibendum, in quibus nos omnibus in litem iurari supra probavimus. Accedit huc Ulpiani definitio apertior in *L. 3. §. in hac, D. comm.* *In hac actione* (commodati) *sicut in cæteris*, inquit, *bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur.* Cæterorum verbo omnia reliqua eiusdem generis intelliguntur. Sed non debent hæc nos a superiori sententia demovere. Nam Marcianus plurali numero locutus est, in bonæ fidei Iudiciis; pluralem locutionem etiam duorum numero contentam esse scimus. *L. ubi, D. de test.* Potest & de omnibus ea oratio accipi; sed non convenit rationi, ut hic ita accipiatur: at convenit in actionibus in rem, & ad exhibendum; & ideo sic interpretati sumus Marciani de iis verba, non tamen ex verborum sensu, sed ex ratione, & aliis locis iuris; nam si in hypothecaria actione in litem iuratur, ratio postulat ut iuretur in cæteris in rem omnibus. Idemque & de actione ad exhibendum ratione collegimus. At non item ratio patitur, ut iuretur in litem in omnibus bonæ fidei iudiciis, ut ostendi. Quod ait Ulpianus in *d. L. 3. §. in hac*, iurari in litem in commodato, *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis*; si hoc tantum dixisset, magis locus adversaretur. Sed addit, *similiter*, id est, similibus in caussis, & similibus conditionibus, quibus in cæteris in litem iuratur: quod ita fit, si quid a nobis profectum repetamus, ut ante demonstratum.

VI. Sed quæritur an præter illa tria actionum genera, a Marciano enumerata, etiam in aliis in litem iurari possit? non enim videtur. Habet hoc certarum specierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit, in quibus aliquid concederet, hoc ipso intelligatur de cæteris non sensisse *L. cum de lanionis, §. cui fundum, D. de Inst. & Inst. leg. L. maritus,*

7) Ita contra DD. veteres Duar. *hoc tit. n. 21. & seqq. & in posteriorib. Comm. Cap.* 3. Coras. *ad L.* 8. *hoc tit. n.* 19. Borch. *hoc tit. n.* 70. Bronch. 2. *Enant.* 32. Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. Quia nec in toto tractatu emptionum per titulos multos, ulla huius iurisiurandi mentio, cum de iis actionibus, quibus res sua repetitur, fere in specie hoc proditum sit. Et quia hic non de rei suæ repetitione, sed ad traditionem alienæ agitur, cessat ratio deferendi, quæ *L.* 8. *hoc t.* ut *C. seq. N.* 5.

8) Ad *d. L.* 5. resp. Duar. *hoc tit. n.* 25. Sicuti cum dicitur in bonæ fidei actione ex mora fructus & usuras deberi, non hic sensus, quasi nulla sit actio bonæ fidei, in quo id non obtineat, sed is, quod iudex, si æquum videatur, in id condemnare possit. Ita & hic subaudi: *Si quando æquitas suadeat*, quod tunc accidit, cum ad restitutionem agitur; alias dicendum foret in actionibus quoque ex vendito, quæ ad pretium datur, sic iurari. Et Coras. *d. n.* 19. resp. si perpetuum hoc, idem obtineret in actione ex permutatione, contra *L. 5. §. 1. de præscript.* verbis ibi: *quanti interest*, iunct. *L. 64. pr. de iudic.* & in commodato ac deposito nummorum. Ac ut Borch. *d. loc. n.* 72. & Duar. *d. loc.* alias quoque in actionibus contrariis ita iuraretur. Ast non iurari in illis probat, *L. 5. princ. Depos.* De quo Coras. *d. loc. n.* 18. & 6. *Misc.* 7. & Borch. *d. C. 4. n. 73. & seqq.* ubi docent, nunquam in contrariis huic iurisiurando locum esse, nec si fides rupta arguatur. Contra Plotus *h. Tr. §. 10. n.* 1. Mala autem illatio ex *d. L. 5. pr.* quia in empti iudicio de fide rupta agitur, ideo sic iurari. Non sane quod fidem is demum rumpat, qui rem alienam, quam a domino habet, non restituit, nec is quoque qui non præstat, quod promisit (ut Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 7. male & contra vim pariter verborum ac iuris textus, *L. 6. Cod. de hered. vend. & simil.*) sed quia collectio nulla. Perinde ac si sic. Testamentum hoc non valet, quia septem testes desunt. Ergo quoties adsunt, valet, cum immo & alia sint requisita. Et ratio ista *d. L. 5 pr. Depos.* negat esse contumacem in contraria actione. Non ideo ubicunque contumax quis, iureiurando hoc coercetur, Duar. *hoc tit. n. 25. & seq.*

ritus, *C. de procurat.* quod & concedendum est; dum tamen hoc sic interpretemur, in his solis ab illo enumeratis in litem iurari, & si quæ sunt similes: semper enim in paribus caussis eadem ratio idem ius admittit: *L. illud*, *D. ad L. Aquil.* Et vero ita statuendum est, etiamsi quæ sint actiones in personam, non in rem, aut ad exhibendum, & non sint eæ bonæ fidei; si tamen competant ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, aut alioqui ad ius nostrum pertineat, in his 9 itidem in litem iurari. Declaratur id exemplis harum actionum, quod metus caussa, de dolo, rerum amotarum, Favianæ de rebus alienatis in fraudem patroni. Omnes sunt in personam, nec sunt ad exhibendum, aut bonæ fidei: in omnibus tamen iuratur in litem. Iuratur in actione quod metus caussa, & de dolo 10 *L. arbitrio*, in pr. *D. de dol.* atque has in personam esse diserte scriptum est in *§. præterea*, *Inst. de act.* Iuratur in actione rerum amotarum. *L. si cum dos*, *§. ult.* *D. rer. amot.* & hæc actio condictio est. *L. rerum*. 28. *rer. amot.* proinde in personam actio. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Postremo iuratur in actione Calvisiana, & Faviana. *L. tenetur*, *D. siquid in fraud. patr.* quæ & ipsa est in personam. *L. 1. §. hæc actio*, *eod. tit.*

VII. Cur ergo in his pariter iuratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia similia ad iusiurandum admittendum. Persequuntur enim rei nostræ, certe a nobis profectæ restitutionem; & si contumacia quæritur, sunt & ipsæ arbitrariæ, id est, eiusmodi in quibus arbiter prius iudex rem restitui: cui arbitrio cum non paretur, fit illa contumacia non restituentis, quæ in actionibus in rem, & ad exhibendum iureiurando in litem coercetur: de qua postea pluribus. Ac quo minus de his dubitemus, putemusque singulari aliqua ratione propria ista esse superiorum actionum: extat generalis Ulpiani præceptio de hoc genere, in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* qui cum dixisset, eum qui restituere iussus iudici non paret, siquidem dolo fecit, quominus posset, damnandum esse, quantum adversarius in litem iuraverit: si culpa, non pluris, quam quanti res esset; subiicit hanc definitionem: *Hæc sententia generalis est, & ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.*

VIII. Ex his, quæ hactenus diximus, hoc conficitur, iusiurandum in litem, de quo loquimur, solum in actionibus arbitrariis (quales sunt actiones omnes in rem, & ad exhibendum in quibus locum esse huic iuriiurando supra demonstratum est) & actionibus bonæ fidei, quanvis his quidem non omnibus, iure receptum esse. Sed est & tertium genus actionum idque amplissimum, nimirum quæ stricti iuris appellantur. De his ergo quæritur amplius, an iusiurandum in litem, ut superiores illæ admittant? quod nos quidem negamus certis ducti argumentis, si de priori hoc iurisiurandi genere quæratur, in quo ultra rei pretium lis actoris arbitrio æstimatur. Posterius illud genus, quo veritas, sive quanti res est, æstimatur, id vero in stricti iuris actionibus locum habere posse dicimus: quod & Marcianus adfirmat in *d. L. 5. §. plane*, *h. tit.* sed quia & hic locus obscurior est, & res tota non vacat dubitatione, consultius visum est, huius rei disputationem in eum locum reiicere, qui est a nobis posterioris huius iurisiurandi explicationi tributus. Nunc reliqua de priori pertexamus, quod per excellentiam ut antea quoque monui, iusiurandum in litem appellatur.

CAP.

9) Quod Duar. *h. tit. n. 1. & 2.* admittit in his, si arbitrariæ sint. Non enim idem esse in actione vi bonorum raptorum & similibus, (licet Anton. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. in actione furti ita iuvari velit, vid. *not. infra C.* 10. *N.* 7.) Et Borch. *C.* 4. *n.* 34. ac aliis citatis Plotus §. 12. *n.* 5. in arbitrariis omnibus sic iurari, per *L.* 68. *in fin. de R. V.* Dissentit Ant. Fab. *ut N. seq.*

10) Quia etsi hic non res nostra, sed quæ fuit, restitui petatur, eadem tamen ratio vel maior, quia hic non tantum contumacia, sed & admissus ab initio dolus arguitur, Duar. *hoc tit. n.* 7. Non nescius sum, quibus hoc impugnent Ant. Fab. 16. *Coniect.* 18. & 18. *Err. Prag.* 6. falsitatis & ineptitudinis arguens *d. L.* 18. *pr.* ut & Casp. Schifordegher. *Lib.* 1. ad Ant. Fab. *Tract.* 25. *Q.* 6. Nec deessent, quæ illis reponerem, sed loci angustia non sinit. Videsis modo, Iust. Meier. *Eudox. Iustin. Decade* 2. *Q.* 5. Sicuti & Ant. Fab. 16. *Coniect.* 20. & 18. *Err. Prag.* 7. in interdictis nunquam in litem iurari contra *d. L.* 65. *in fin.* quam pari audacia damnat, uti & *L.* 15. §. 9. *Quod vi aut clam.*

C A P. IX.

Adversus quem, & quamobrem hoc iusiurandum deferatur. Item quibus de rebus.

Iuratur in litem adversus eum qui rem petitam non restituit usus in ea re dolo vel culpa lata. I. III.
Culpa levis non coercetur in litem iurando, sed æstimatione sarcitur. II.
Caussa iurisiurandi in litem: dolus rei minime restituentis; & petitoris affectio. IV.
Pro depositis nummis; aut iis quorum certa æstimatio generibus a contumace reo petitis non defertur hoc iusiurandum; & quare. V.
Nisi tamen petitoris interfuit nummos sua die redditos fuisse: duplici modo interesse: quomodo iuretur in utroque. VI.
Qui certa die non præstat quod præstare debuit, etiam si aut pecunia sit, aut aliud æstimationis certæ, tenetur in id quod interest actoris. VII.
An res petita pluris, quam sit revera eo sit habenda, quod lis per hoc iusiurandum possit crescere. VIII.
Quæstio hæc in quibus iudiciis agitari soleat; & quomodo hanc definiat Vlpianus. IX.

I. IN litem iuratur in his omnibus actionibus, de quibus supra exposui, adversus eum qui rem petitam non restituit, aut exhibet, idque dolo malo: ob solum enim dolum in litem iurari Marcianus ait, non etiam ob culpam. *d. L.* 5. §. *sed in his omnibus*. Idemque declaratur in *L. qui restituere*, *D.* de re. vind. *Hæc enim*, inquit Marcianus, *iudex æstimat*. Legendum est, [1] *Hanc enim*. Ut iudicis æstimatio ad solam culpam referatur. Sola enim culpa est, quæ a iudice æstimatur, ut & scriptum est in *L. præced.* in fin. ex culpa æstimatio a iudice facienda est. Dolus non restituentis, non iudicis æstimationi, sed petitoris arbitrio committitur. *L. tutor*, *D. hoc tit.* Recte autem dixit ob dolum, non ob contumaciam, non quod contumacia non sit dolus, & ob hanc maxime non iuretur in litem: sed quia doli verbum plus complectitur, & Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum in litem iurari. Dolus, quo fit ut res non restituatur aut exhibeatur, duplex est; præsens & præteritus. Præsens, cum qui possidet, aut habet rei restituendæ facultatem, iussus restituere, iudici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adversus hunc citra controversiam iuratur in litem [2] *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *L. tutor*, *hoc tit.* Præteritum voco, cum reus quidem nunc, cum iubetur, rem non possidet, ita, ut etiam si maxime vellet, non possit restituere: sed prius dolo fecit, quo minus possideret Et hic [3] dolus iureiurando in litem coercetur, *d. L. qui restituere*, *de re. vind.* *L. sed et si lege*. §. *hæc verba*, *D. de her. petit.* *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pignor.* Fit hoc ex perpetuo iure, quo placuit, qui dolo possidere desierunt, pro possessoribus esse habendos, *d. L. sed et si*, §. *persuade*. *L. qui dolo*, *D. de reg. iur.*

II. Quod ait Marcianus, in litem non iurari ob culpam; iudicem enim hanc æstimare, sic interpretandum est *d. L. qui restituere*, ut qui nec potest restituere, nec dolo fecit, quominus posset, si tamen culpa eius factum est, damnari debeat:

1) Ita Forner. *ad L.* 223. *de V. S.* Duar. *h. t. n.* 35. legit *hic etiam* ὑπερμετρικῶς, ut sensus sit, ob culpam a iudice fit æstimatio. In manuscripto quodam legi, *h. enim iudex etc.* in alio *hoc enim etc.* sicuti & habet editio Parisiensis de anno 1527.

2) *L.* 18. *de dolo L.* 8. §. 9. iunct. *L.* 10. *Rer. amotar.* *L.* 3. §. 2. *ad exhib.* Neque hic requiritur difficultas probationis, Plotus *h. Tr.* §. 22. *n.* 9. *&* §. 27. *n.* 2.

3) Borch. *hoc tit. C.* 5. *n.* 3. Charond. 3. *Verisim.* 8. ob dolum ante acceptum iudicium commissum in restituendo non iurari, sed post susceptam caussam, si aut contumaciter reluctatus, cum posset restituere, aut dolo fecerit, ne posset, add. Plot. *h. Tr.* §. 14. *n.* 1. *&* §. 25. *n.* 3. *&* 4. Cæterum Anton. Fab. 17. *Err. Prag.* 6. reprehendit putantes iusiurandum in litem in bonæ fidei iudiciis tantum nasci ex dolo amisso in iudicati exsecutione. Nam in *L.* 3. §. 2. *Commod.* habetur *rei iudicandæ*, id est, quo res in condemnationem deducitur, non *iudicatæ*. Et quid si res commodata, ex. gr. ante rem iudicatam dolo malo rei præstari posse desiit, ad quid feretur, ait, sententia nisi ad æstimationem. Quæ autem alia æstimatio, nisi hæc, &c. Dolus autem Rei proprius requiritur. Aliud si pupillus conveniatur ex dolo tutoris, per *L.* 1. *Cod. Quand. ex fact. tut. vel Cur.* Beust. *ad Rubr. de iuretur. n.* 151. Aliud si heres ea dolo defuncti, cum quo lis nondum contestata est, *L.* 1. *L.* 2. *L.* 4. *C. h. t.* vid. Coras. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 28. ubi quadripartitam distinctionem refert Borch. *h. Tr. Cap.* 5. Duobus casibus contra heredem hoc præstari notat Monter. *Decis.* 11. *n* 7. Wesenb. *Cons.* 13. *n.* 25. Verus item, non præsumptus, ut Io Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 49. *n.* 30. Sed contra Duar. *h. t. n.* 35. vide distinctionem Bargalii 2. *de Dolo* 3. *n.* 2.

beat: sed ita, ut culpa, ideſt, damnum culpa datum ſolum æſtimetur, &, ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris, quam quanti res eſt, quanti adverſarii* intereſt, reus condemnetur.

III. Culpam hic levem, non latam accipere debemus: nam cum prius Marcianus dixit, ob dolum iurari in litem, etiam ob latam culpam iurari dixit: lata enim culpa dolus eſt. *L. quod Nerva, D. depoſ.* Quid? quod id expreſſum eſt in *L. 2. C. de in lit. iur.* ut bene Fulgoſius [4] adverſus Accurſium atque alios eum vulgo ſecutos, obſervavit ac docuit in *d. L. 5. D. h. tit.* nec mutat, quod dicit, ob dolum ſolum iurari in litem. Nam nec hac particula ſolum lata culpa excluditur, niſi quid aperte de lata culpa excludenda in lege ſignificetur, ut in lege Cornelia de ſicariis. *L. in lege, D. ad L. Corn. de ſic.* Argumento eſt, quod de depoſito traditur, dolum duntaxat in eam actionem venire: *L. 1. §. ult. D. depoſ.* nec minus tamen conſtat depoſitarium ob latam culpam teneri. *L. 1. C. dep.* idem & de menſore ſcriptum eſt in *L. 1. §. 1. ſi menſ. fal. mod. dix.*

IV. Ex his intelligimus dolum aut ſimilem dolo culpam quæ lata dicitur, in non reſtituente vel exhibente rem petitam cauſſam eſſe huius iurisiurandi, ſive ut in litem adverſus eum iuretur. Eſt & altera cauſſa in perſona petitoris, ius ſcilicet eius & affectio in re petita, quam eius eſſe, vel ad eius ius pertinere ſupra, cum de actionibus diſſereremus, intellectum eſt; iniquiſſimum enim viſum eſt veteribus, cogi quenquam invitum re ſua carere, ſuoque pretio eam alteri vendere. *L. non enim æquum, 7. D. rer. amot.* Atque hæ duæ cauſſæ, affectio, inquam, petitoris, & dolus adverſarii, ut coniunctæ locum huic iuriiurando faciunt, ita coniunctim a Marcello expoſitæ ſunt in *L. tutor, 8. D. h. tit.* Et affectio iſta quidem præcipue [5] ſpectanda fuit: unde & affectionis iuſiurandum vulgo dicitur; nec in omnibus rebus locum habet, etiamſi maxime his actionibus petantur, quæ conditione ſua hoc iuſiurandum admittunt, & agatur adverſus contumaces: ſed in iis tantum, in quas affectio cadit.

V. Negat Ulpianus in *L. nummis, 3. D.* hoc. tit. *nummis depoſitis iudicem oportere in litem iuſiurandum deferre, ut iuret quiſque quod ſua interſuit:* & addit rationem, *cum certa ſit nummorum æſtimatio.* Qua ratione maxime declaratur ſic recte de rebus in univerſum definiri; Quarum rerum certa æſtimatio eſt, quales ſunt nummi, vinum, oleum, frumentum, & quæcunque res pondere, numero, menſurave conſtant: etſi hæ depoſitæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia poſſeſſoris non reſtituantur, quibus de cauſſis iuſiurandum in litem admitti ſolet; tamen de his rebus hoc iuſiurandum deferri non debere: cæteris in rebus deferri poſſe, ſi aliud non impediat. Ratio ducta eſt ex fine iurisiurandi in litem. Nam hoc iuſiurandum vel ob id defertur, ut conſtet de vera æſtimatione rei, quæ ignoratur, & aliter probari non poteſt. *L. 5.* in fin. *D. h. tit,* vel ut pretium rei arbitrio domini ſtatuatur ex eius affectione. *d. L. tutor.* Neutram ob cauſſam iuſiurandum in litem [6] de nummis deferri poteſt. Nam ſi nummorum æſtimatio quæritur, hæc per ſe certa eſt, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem iureiurando. Si quæratur domini affectio, hæc in nummos & res ſuperiores non cadit. Unus enim aureus ſolaris, exempli gratia, ab alio, utilitate, & commoditate ni-

4) Conſentit Coraſ. *ad L. 5. h. t. n. 27. fol.* 628. *&* 4. *Miſc.* 2. *n.* 11. Duar. *ad h. n.* 33. *& ſeqq.* Buſius *ad L.* 4. §. *ultim. h. titul.* Bron. 2. *Enant.* 30. Borch. *h. Tr. C.* 5. *n.* 5. *& ſeqq.* Quia & ubi de pœna, modo pecuniaria ſit, agitur, diſpoſitio dolum puniens, latam culpam complectitur, etiam adiuncta taxativa, *L. 1. ſi is qui teſt. Lib.* Duar. & Bron. *d. loc.* Et culpæ v. *in L.* 4. §. *ultim.* levem innuit, non latam, uti & alias Coraſ. *d. loc.* & Borch. *n.* 9. Diſſentit poſt alios Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 4. *n.* 185. Beuſt, *in Rubr. de iureiur. n.* 131. Plot. *h. Tr.* §. 4. *n.* 86. *&* §. 48. *n.* 16. *&* Pac. 3 *Enant.* Q. 90. Volentes ſpeciale eſſe, *d. L. 2. Cod. hoc tit.* in actione tutelæ, ut ex lata culpa iuretur favore pupilli. Quo facere videtur, quod *tit. hic C. de in lit. iur.* in materia tutelæ poſitus, nec alios caſus continet. Eoque forte oſtenditur, quod illic tractetur non de alio iureiurando quam in cauſſis tutelæ delato, vid. de hac quæſtione Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 2. *n.* 35. *& ſeqq. & Lib.* 6. *regula* 8.

5) Generale eſt, ut in venditione pretium arbitrio domini ſtatuatur. Affectioni itaque indulgeri hic non iniquum, Duar. *h. t. n* 8. quæ ſæpe in rebus vilioribus, ut canibus, equis, immodica conſpicitur. Qui itaque modus in his rebus cupiditatis idem æſtimationis eſſe ſolet. Exempla eſt fictilis Epicteti lucerna, quæ Luciano teſte, tribus drachmarum millibus æſtimata eſt, P. Vanderan. *de Privil. credit. Cap.* 12.

6) Finis iuriſiurandi, ut dominus pretium rei ſuæ ſtatuat. Ad eas itaque res pertinet, quarum pretia incerta, quæ ſecundum tempora variant. Earum enim rerum, quæ in mercis numero, æſtimatio mutabilis, quæ ſit pecunia. Nummi autem merce non æſtimantur. *L. ſi ita* 42. *de fideiuſſ.* Duar. *h. t. n.* 4. *&* 5. Videnturque iidem nummi reddi, etſi alia corpora, modo eiuſdem generis & bonitatis, cum æſtimatio non ſit pro hominum arbitrio varia, neque ita cogatur aliud pro alio accipere, A. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. (Exceptio tamen ſtatuenda ex notatis *ſupra Lib.* 10. *Cap.* 3 *N.* 6.) Idem fere de vaſe argenteo iudicatum refert Ant. Fab. *C. ſuo h. t. definit.* 2. Eadem ratio librorum eiuſdem editionis, vid. Beuſt. *ad Rub. D. h. t. n.* 149. ubi *n.* 152. ceſſare docet hoc iuſiurandum ubi res venalis habita. De quo tamen ex rei qualitate varie ſtatuendum puto, tametſi Coraſ. 6. *Miſc.* 3. rationem eam, quod in nummos non cadat affectio, repudiet.

Digitized by Google

te nihil plane differt: quod in animalibus, hominibus, prædiis, & cæteris rebus, quæ sua specie, non quantitate æstimantur, secus est: harum enim rerum unaquæque suam vim, suas commoditates, utilitates, voluptates, a cæteris multum distantes habet. De domini affectione nihil ibi dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere, quia minus de eo dubitabatur.

VI. Sed de nummis quod dixerat, sic temperat, si convenerit, ut certo die redderentur, nec redditi sint, placere iusiurandum in litem deferri posse: non de nummis, ne Ulpianus mutet quod dixerat certam eorum æstimationem esse, & propterea iusiurandum in litem non admittere: sed de eo, quod actoris interfit, nummos illi 7 *sua die redditos fuisse*. In quo computari ait extra nummos damna, quæ ob pecuniam sua die non redditam contigerunt. Hæc autem esse ostendit, si actor sub pœna pecuniam debuit, quam scilicet quia solvere non potuit creditoribus suis, dum nummos a se depositos non accepit, ideo in pœnam incidit: aut si pecuniam debuit sub pignore, & quia pecunia deposita ei denegatur, pignus distractum est. Nempe iusiurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor iuret se tantum pœnæ nomine solvisse, ubi id aliter facile probare non possit; *arg. in L. 5. in fin. D. h. tit.* in pignore autem ut iuret, quanti sit pignus amissum, non etiam ut id ex affectione æstimet, & debitor ei in tantam summam condemnetur. Non enim ita res æstimatur, nisi adversus eum, qui rem, de cuius æstimatione agitur, possidet, & contumacia non restituit, aut quam prius restituere poterat, eam dolo desiit possidere. *L. 2. §. 1. L. tutor, D. hoc tit.* in proposito autem is qui nummos depositos sua die non reddidit, pignus, de quo agitur, numquam possedit, nec in eo non restituendo quicquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris solum possessum & distractum fuerit. Sed & priori iuriiurando non alias locus erit in hoc pignore æstimando, quam si pignus perierit. *L. 5. in fin. D. hoc tit.* Nam si adhuc extat, satis de vera æstimatione ex inspectione rei constare potest. Sed sive de pœna ista, & pignore, quæ hic æstimanda dicimus, iusiurandum actoris admittatur, sive non admittatur, tamen illa sententia Ulpiani manet, semper hæc æstimanda esse, ubi is, cum quo agitur, nummos depositos sua die non reddidit,

7) Hic quoque cum manibus Triboniani lactatur, A. Fab 17 *Err. Prag.* 9. eidem *d. L.* 3. vers. *Nisi forte de eo*, totum ceu multis modis ineptum, adscribens. Movetur. (1) Quod ex ratione, quæ in *d. vers.* tantum sequatur, præstari debere id quod interest, quod alioqui ratione nummorum non debetur. Quanti interest in ea specie, sciri facile citra iusiurandum potest, quantum scilicet fuerit in pœna, quanti pignus distractum. Semper, ait, verum manet ratione nummorum non interesse hæc an alia corpora reddantur, ideoque iureiurando huic locus nullus. Nam quod Accursius iurari hic, sed non in litem, præcedentia uti & series ac contextus refellunt. Nec audiendus Bart & sequaces, qui ibi esse iuramentum veritatis, ut *L. 5 §. ult. h. t* Nam & id commentitium, vid. *not. C. seq. N. 2. & d. §. ult* sine delatione iuramenti res nullo modo æstimari potest, quod hic non accidit. 2 Per verba: *Sua die*. Inaudita hæc conventio in deposito, ut certa die reddatur. Absurdeque Accursius hoc extendit ad nummos creditos, qui mutuum est stricti iuris, itaque iusiurandum in lite non recipit. Falsus autem in eo Tribonianus, iudicio Fabri, quod putavit ideo non dari iusiurandum in litem in deposito nummorum, quia nihil interfit, unde collegit locum ei esse, quando interest. Quæ ratio falsa. Neque enim iuratur, quoties interest, quin immo quando id quod interest præstari dicitur, iusiurandum hoc excluditur. Hæc summa impetitionum Fabri, brevibus concepta. Quibus æque brevibus nunc occurremus. Unde quæso, ut hinc incipiam, obiecta ansa erroris Triboniano, nonne is omnibus antiquorum Iurisconsultorum monumentis, &c Quænam illi voluptas ex tanta, cuius insimulatur, responsorum veterum Prudentum corruptione ac perversione iuris rationis. Quidquamne vero in *d.* vers. *Nisi forte*, iuris rationi repugnans! Immo congruentius nihil. Non sequitur: Aliunde liquere potest, quantum interfit Itaque in litem non iuratur. Fateor iusiurandum hoc non deferri toties quoties interest: largior, quando absolute, sine adiectio, dicitur id quod interest præstari, iusiurandum hoc excludi. Num ideo non simul vere & realiter interesse potest, quoties hoc iusiurandum admittitur. Et num quoties sciri potest aliunde, quantum vere interfit, iusiurandum hoc non defertur? Num ratio *d. vers.* ad Interesse solum verum & pecuniarium concludit, num in hac specie affectioni locus nullus? Est immo opinor. Quidni enim vir probus minoris æstimet opinionis aliquam, & fidei non modicam imminutionem, quæ exinde secuta est, quod fidem conventionis suæ alteri præstare non potuit. Adhæc si pignus distractum, quod luere propter moram depositarii non potuit, nonquid & hic rem suam invitus, & nec iusto pretio quidem, sed, ut plerumque in pignorum venditionibus evenit, minoris vendere coactus, quam retinuisset, ni moram depositarius fecisset. Quid igitur vetat, immo quid non summopere poscit, affectionis erga rem illam pigneratam & distractam rationem haberi. Et affectionis hoc iusiurandum vere statuemus, non veritatis. Quod DD. plerique affectionis extra rem vocant, ut not *supra C. 6. N. 4.* Æquius certe est hoc casu religioni & fidei deponentis committi, quanti sua interesse putet (in quo & aliqua ratio affectionis erga rem pigneratam amissam, item ratio eius habebitur, quanti æstimet fidem servari a se & conventioni suæ stari potuisse) quam eundem ex adversarii culpa, sine ulla sua, oneri difficilis probationis adstringere, cuius defectu sæpe id quod interest ad exilem summam redigitur, *L. un de stip. Prætor*. De nihilo quoque quod ex verbis *sua die*, elicit Faber. Nam (1. non necessario arguunt conventionis legem adiectam, sed recusationem dolosam depositarii eo tempore, quo repetebat deponens, restituere nolentis. *Sua die*, id est, qua illum nummos habere oportuit, ut solveret suis creditoribus. (2) Non inauditum diem depositi redditioni dici, immo exempla *L. 1. §. 45. & seqq. D Depositi* Sed hoc dispositum ibidem quod etsi dictus sit, ante eum repeti possit. Quare & hic potest dici certam diem dixisse deponentem, eam nempe qua a se pecunia suis creditoribus solvenda, cum interim non haberet, ubi ipse reconderet Falso Faber non posse diem adiici deposito: Potest immo, sed adiectus creditur in favorem deponentis, non depositarii, qui nullum lucrum ex depositi officio captare potest aut debet. Et propterea illi pœnitere licet, ac citeriore die, modo non intempestive, repetere. Hoc autem diei adiectio efficit, ne ante lapsum eius depositarius restituere possit nolenti, qui citra eam conventionem, quovis tempore restituens liberaretur, Wes. *Par. D. Depos. n.* 5. Denique Faber ipse a se dissentire videtur 16. *Coniect.* 1. *pag. mihi* 273.

Digitized by Google

didit, a quocunque ista æstimatio, & quomodocunque probari debeat.

VII. Locus in hanc sententiam diligenter notandus: quo efficitur, quoties quid certo die præstandum aut restituendum est, etiamsi sit pecunia, vinum, frumentum, & res similes, quarum certa æstimatio est, quæque ex se fructus non ferunt: tamen adiectionis diei hanc vim esse, ut si res sua die præstita, restitutæ non sint, debitor teneatur non in res ipsas tantum, sed in id quod actoris interest sua die præstitas non esse: hoc amplius in eo, quod interest, numeranda esse omnia damna, ob eam caussam etiam extra rem contingentia, ut, si ideo petitor in pœnam inciderit, aut pignora eius sint distracta. Quod idem Ulpianus apertius, & pluribus confirmat in *L. 2. §. ult. D. de eo, quod cer. loc.* Videtur adversari *L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. de act. empt.* Sed de ea obiectione dixi oportunius ad *L. quod si Ephesi*, in pr. *d. tit. de eo, quod cer. loc.*

VIII. Postremo, ut hunc locum concludamus, ex eo quo supra demonstravimus, contumaciam rei non restituentis alteram caussam esse, propter quam lis ultra verum rei pretium crescat sive iureiurando actoris atque arbitrio æstimetur; ex eo, inquam pendet illa quæstio, an propterea res petita pluris habenda & æstimanda sit quam revera est, quia lis crescere per hoc iusiurandum possit: de quo definit Ulpianus in *L. 1. D. h. tit.* 8 non esse. Quæstio inutilis & inepta, si id quæri proponamus in his iudiciis, in quibus in litem iuratur, sive cum de rei æstimatione principaliter quæritur: quorsum enim pertinet hoc definiri, tanti vel pluris rem habendam esse? id enim tantum agitur, ut æstimetur, non quanti sit res in iudicium deducta. Et res ita habet, ut dixi, in iudiciis in quibus in litem iuratur, cum principaliter de re æstimanda quæritur.

IX. Sed accidit interdum, ut in his ipsis iudiciis multo ante sententiam, atque adeo initio iudicii ob alias caussas in iudicium incidentes, quærendum sit, quanti sit res, quæ in iudicium deducta est; ut quia id ante constitui, necesse sit ad iudicium rite instituendum aut promovendum: de quo tamen quicquid constitutum erit, nihil ad principalem caussam decidendam pertinet: eoque superior quæstio & Ulpiani definitio pertinet. Veluti, cum tractatur de iurisdictione iudicis apud quem agitur, quæriturque, utrum res petita intra iurisdictionem eius consistat, an excedat. Pone, fundum petitum, ad summum quingentis aureis dignum, apud eum iudicem qui ex lege & forma iurisdictionis suæ, usque ad illam summam cognoscere potest; eum vindicat petitor apud maiorem iudicem, quod dicat eum se æstimare septingentis aut pluris; & posse fieri, ut tanti aut pluris in eo iudicio fundus æstimetur, si per contumaciam ab adversario non restituatur; eiusque rei rationem habendam esse; contra adversarius utitur præscriptione fori, & ad iudicem suum, illum minorem, revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra iurisdictionem eius consistere: recte dicit, ex superiori Ulpiani definitione, qua præcipitur verum rei pretium spectandum esse, non id, in quod crescere lis possit, ex contumacia rei; quoniam hæc æstimatio non rei petitæ æstimatio sit, sed pœna contumaciæ non restituentis: ut scriptum est in *d. L. 1.* Aliud exemplum huius rei in fideiussore iudicio sistendi caussa dato poni potest: locuples dari debet, pro rei scilicet, de qua agitur, qualitate, id est, qui tantum facere possit, quanti res est, de qua agitur: pone eam ducentorum esse: si ab actore petatur fideiussor locuples ad trecentos, quod lis crescere per iusiurandum in eam summam queat, non est audiendus: sed liberabitur reus, ne cogatur statim in ius venire, ut olim mos erat, nisi satisdaretur. *L. 2. §. ult. D. qui satisd. cog.* Hæc de his caussis Ulpianum scripsisse argumento est, quod *d. L. 1.* definitio sumpta est ex *lib. 51. ad Sabinum:* quo libro tractasse illum de iudicio, & de iudicis iurisdictione, indicat *L. eum qui. 13. D. de iurisd. L. si locus, 59. D. de iud. L. iudex, 55. D. de re iud. L. nemo qui condemnare, 37. de reg. iur.* omnes sumptæ ex *eodem lib.* & ad eam tractationem, quam dixi, pertinentes,

CAP.

8) Ubi verbum expungit Ant. Fab, *Coniectur* 5. C, 17, quasi alias falsa sententia. Crescere potest, inquit, condemnatio per iusiurandum in litem ex contumacia. Sed non ideo dicendum pluris esse rem, quæ in iudicium deducta, ac cuius nomine iuratur. Et contraria sunt, rem non fieri pluris, & rem tamen æstimari ultra pretium, nec dicendum esse ultra pretium *rei*, sed suum. Sed hæ inanes argutiæ Nec animadvertit Faber, se dum *ἀνακολουθίαν*, quam putat, vitare vult, in graviorem incidere. Æstimari contumacia, pro coerceri, puniri, aut sensu eo, quem si correcta lectio posceret, ubi uspiam legitur? Licet facile largiar apte dici æstimare contumaciam ex suis requisitis &c. item dolum æstimari ex eo, quod in litem iuratur, ut *L. 64. de iudic.* Rem æstimari quanti in litem iuratur, recte dicitur, *L. 8 Rer. amotar.* Et ultra igitur rei pretium. Nec cum eo pugnat, quod res non fiat pluris. Distinguendum enim id, quod in re est, ab eo quod in re est, ab eo quod in fictione aut opinione (non communi, ne quis obiiciat verbum *opinamur d. L. 1.* sed) singulari. Nam cum & res ab iniquis taxatoribus minoris æstimatur, ideo minoris non fit, nec communiter minoris eam esse opinamur, ad effectus eos, de quibus hic Donellus agit similes,

Digitized by Google

C A P. X.

De posteriori genere iurisiurandi in litem, quod vulgo veritatis appellant.

Aliud esse iusiurandum a superiore distinctum ex I*v. C. Marciani verbis ostenditur*. I. & seqq.

Posterius hoc necessarium, prius illud voluntarium. II.

Necessitatem induci debitoris mora vel culpa, & rei ipsius interitu; & quare. III. IV.

Item & rei deterioratione. V.

Iusiurandum hoc posterius & in strictis, & in bonæ fidei iudiciis adhiberi. VI.

Sed in strictis, *cum res extabit, secus in bonæ fidei iudiciis*. VII.

Huius loci esse conditionem furtivam, & furti actionem. Cuius temporis habenda æstimatio in utraque. VIII.

I. IUsiurandum in litem duplex esse supra monui. Unum, quo iurat actor, quanti rem æstimat, vel ex affectu; quanvis ultra rei pretium. Alterum; quo iurat de [1] vera æstimatione, idest, quanti res vere sit, seu quanti sua intersit. De priori hactenus disputavimus, nec tamen plene: superest enim de vi eius, deque necessitate suscipiendi dicere; sed quia hæc illi cum posteriori communia sunt, postea, ubi de hoc quoque breviter exposuero, in commune de illis duabus quæstionibus dicam. De hoc igitur iureiurando in litem, quo quanti res est, æstimatur, illud primum quæritur, an ullum tale sit; sunt enim qui [2] negent; sed con-

1) Super iusto rei valore, omni affectione seposita, Menoch. *Arb. C.* 208. *n.* 2. De differentia inter hæc, quanti ea res & quanti interest, vid. Gœd. *ad L.* 79. *de V. S.*

2) Duar. *ad hoc tit. in priori & posterior. Comm.* nullam distinctionem iuramenti veritatis & affectionis agnoscit, etsi disertis verbis non reprobet, sed in *poster. Cap.* 3. statuit, si dolo aut contumacia Rei difficilis reddita æstimatio, ut aliter probari nequeat, nullam esse distinctionem actionum, *L.* 5. §. *ult. h. t.* alias non deferri, nisi in certis casibus, *L.* 5. *pr. h. t.* A. Massa Galef. *Tr. de Iudiciis bonæ fidei n.* 9. cum caussa iurisiurandi in litem deferendi sit difficultas æstimationis per iudicem, coniuncta dolosa mora, id non esse iudiciorum bonæ fidei præcipuum, magia quam aliorum, ubi ex facti qualitate subsit caussa deferendi iurisiurandi. Denique A. Fab. 16. *Conject.* 1. *&* 13. ac 17. *Er. Prag.* 6. 8. *&* 10. hoc iusiurandum veritatis ita fere impugnat. Distinctio hæc Iurisconsultis ignota, omneque in litem iusiurandum est affectionis, sive certa res, quæ debetur æstimanda, sive quod interest actoria. Differentia hæc solum inter bonæ fidei & stricta iudicia, quod in illis iurare conceditur, etiam cum citra hoc res æstimari posset, ex æquitate iudicii, ne per dolum adversarii qui re sua carere ac vendere iusto pretio cogatur; in his vero ea necessitate en uno casu, quo alio modo res æstimari nequit, cum nempe res post moram (ante tamen litem contestatam, vid. *not. infra N.* 4.) perempta. Ubi cum obligatio perpetuetur, res autem præstari nequeat, æstimatio facienda. Ea autem præsens debetur temporis, quo iudicium acceptum. Quod probatur tum, quia alias falsa ratio Iurisconsulti in *d.* §. *ult.* quia æstimare *non potest*. Res enim perempta, inspecto eo tempore, quo extabat, æstimari potest. Tum quia fictione iuris res habetur pro exstante. At si extaret, talis deberet præstari, qualis quantique esset, cum peteretur. Ergo & nunc præsens æstimatio; nec contentus esse debet actor æstimatione, quæ fuit tempore moræ, quia potuit pluris nunc esse, si perempta non fuisset. Præsens itaque æstimatio cum eius rei, quæ nulla est, nec officio iudicis nec boni viri arbitrio constitui possit: inde eam iuriiurando actoris committi oportet. Necessitatis itaque hoc iuramentum potius dici debet, quam veritatis, quia non pœna contumaciæ huc adigit, sed necessitas, non difficultas probationis, ut DD. vulgo, sed mera impossibilitas; quando sine delatione huius iurisiurandi res nullo modo æstimari potest. Neque huic dat caussam dolus, sed mora *d. L.* 5. §. *ultim.* (quæ non modo sine dolo sed & sine culpa esse potest) & interitus. Mora facit, ut res perempta adhuc debeatur, ac si exstaret, non autem ut præstari possit, quia præstatio est facti, in qua fictioni non locus est *L.* 12. §. 2. *de captiv. & postlim.* Quia itaque vi moræ res exstare fingitur, peremptæ rei præsens æstimatio debetur, & inde iurandi necessitas. Licet Stichus ex. gr. mortuus; præstanda tamen eius æstimatio, *L.* 91. §. 3. *& ult. de V. O. L.* 21. *L.* 23. *de constit. pec.* & quidem præsens tempore quo agitur, non moræ aut mortis. Quin & quod æstimatio non debeat referri ad tempus præteritum, quo res exstitit, ut Bartolus & alii, vel hinc patet, quia sic nulla non modo impossibilitas esset probandæ æstimationis, sed nec difficultas. Facile enim est dicere quanti res fuerit, quæ nunc non exstat, quæ etsi exstaret, non ideo facilior foret præteriti temporis æstimatio. Sic in actione *L. Aquilia* ubi æstimatio fit retro, quanti res eo anno plurimi, *L.* 21. *ad L. Aq.* non iuratur in litem, quia pugnant condemnari, quanti plurimi; & quanti in litem iuratur. Quo circa cum iurisiurandi delatio hic necessaria sit, consequens est etiam affectionis indulgeri, quia non nisi ex iurantis affectione æstimationem habere potest res ea, quæ revera, cum non sit, nullam habet. Sola itaque hic caussa necessitas vel impossibilitas probandi. Mora autem ideo exigitur, ut res deberi persistat. Quod si citra eam obligatio manere possit, ne illa quidem esset necessaria. Denique cum res æstimatur iureiurando in litem, inepte quæritur cuius temporis ratio habenda sit, cum æstimatio fiat ea affectione iurantis. Nec obstat *L.* 9. *h. t.* verbis: cum furtum factum sit. Nam resp. id ibi ideo quia pœna furti, (quæ cum propter delictum infligatur, ad tempus delicti referenda) dupli vel quadrupli constituitur ratione simpli. Etsi autem iuraverit agena furti rem fuisse pluris quam fuit, non idcirco minus valebit iusiurandum, nec audietur fur probaturus rem minoris fuisse. Hæc summa eorum quæ a Fabro *dd. loc.* fusius probata. Sed opinatio ista, ut ab illo exordiar, æquitate perspicue deficitur. Quid enim durius & inhumanius, quam eum qui nullius doli reus, immo etiam aliquando culpæ omnis exsors, (si verum, ut ipse quidem Faber ponit, quod culpa carere possit mora, quod hic non disputo) propter rei interitum fatalem, ut est species *d. L.* 5. §. *ult.* tanta pœna plecti, ut in actoris arbitrio sit in infinitum illius rei pretium, suamque ad rem affectionem æstimare. Immo an non abunde sufficit actori, si æstimationem veram consequitur, cui si citra moram res tradita fuisset, facile ipse quoque perire potuisset. An non satis punitur mora, si æstimationem præstare cogitur, re insuper perdita. Quam si præstitisset sua die, omni se obligatione exsolvisset, nec postea interitum rei præstaret. Quin immo vel ex eo constat affectioni hic indulgeri non posse, quia interitus rei post moram liberat morosum, si constet rem æque perituram fuisse creditori, ut suo loco. Nec alia ratione res deberi persistit ac exstare fingitur, quam quia acceptam creditor distrahere, ac ita res ipsi non perire potuit. Quare cum quis rem peremptam iudicio persequi-

Digitized by Google

convincuntur apertis testimoniis veterum, 3) ut Pauli in *L.* 2. *§.* 1. Ulpiani in *L.* 3. sed præcipue Marciani in *L. in actionibus*, 5. *§. plane interdum*, *D. h. tit.* ubi huius iurisiurandi natura & conditio expressa est. Sentire enim eum & loqui de hoc posteriori iureiurando in *d. §. plane*, multis modis demonstrari potest. Dixerat enim antea in actionibus in rem & ad exhibendum, & bonæ fidei in litem iurari, sed iurari ob solum dolum, non etiam ob culpam: intelligens scilicet prius illud iusiurandum in litem, quod ita per excellentiam vocatur: idemque dixerat Ulpianus in *L.* 4. *præc. §. ult.* ob culpam in litem non esse iurandum. Postea Marcianus subiicit, *& in actione stricti iuris interdum in litem iurandum esse: veluti si Stichi promissor moram fecerit, & Stichus decesserit*, hoc est uno verbo: propter culpam hic in litem iurari: mora enim culpæ species est. *L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de verb. oblig.* Atqui in litem iurari paulo antea non posse dixerat, ob culpam, sed ob solum dolum. Eodem igitur loco manifeste contraria scripsit, nisi de diversis generibus in litem iurisiurandi senserit: quod & verum est. Idemque ex eo apparet, quod & in actione sola stricti iuris sic iurari ait ob culpam scilicet debitoris, cum prius illud iusiurandum in litem in actionibus tantum arbitrariis & bonæ fidei collocasset. Denique huic posteriori iuriiurando tunc solum locus est, cum res debita non extat, sed perempta est, ut exemplum subiectum ostendit, & mox amplius dicetur. Prius illud etiam re extante & tunc præcipue receptum est, cum quis scilicet contumacia non vult eam restituere, quam possidet.

II. Nunc ipsa verba Marciani, quibus naturam expressam huius iurisiurandi diximus, exponamus. Ait hic, non iurari, ut in prioribus actionibus & de priore iureiurando dixerat; sed iurandum esse non otiose, sed quo significetur iusiurandum hoc, quod defertur interdum etiam in stricti iuris iudiciis, necessarium esse; prius illud magis voluntarium. Re enim perempta, quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre iusiurandum actori de vera tantum rei æstimatione necessitatis est, ubi illi aliter consuli non possit. Quod fit in eo iureiurando, de quo nunc agimus, ut postea declarabitur: deferre autem actori, ut litem arbitrio suo æstimet, idque supra rei pretium, quod fit in priore iureiurando, voluntatis est, & pœnæ, non ullius necessitatis: cum intra veram æstimationem consistendo, id est, id quod ei abest sarciendo, non minus rem salvam habe-

sequitur, ea ratione nititur, quod res sibi non æque fuerit peritura. Unde apparet affectionem eius singularem ac peculiarem ad rem spectari non posse, sed commune potius ac formale pretium. Quæ enim affectio ultra rei pretium, in rem quam acceptam ipse venalem habiturus. Nam si dixerit actor se Stichum, ex. gr. qui mortuus est post moram, amasse, vel fundum, qui inundatione aut chasmate periit, vid. *d. L.* 47. *§. ult. de L.* 1. ob certas caussas maioris ex affectione æstimare, quam alius; eo ipso ostendet se Stichum aut fundum eum non retenturum, ideoque ipsi certo periturum fuisse. Quæ professio non tantum iusiurandum in litem affectionis excludit, sed immo veræ etiam ac iustæ æstimationis petitionem. Atque his cum fulcrum sententiæ Fabrianæ subvertatur, reliqua per se corruunt, quibus qui hæc menti infixerit levi negocio occurret. Non potest solum, sed debet hic æstimatio referri ad tempus quo res exstitit, atque ita necesse est. Ponamus (ne litem liti implicemus) quod controverti alias potest & solet, in strictis iudiciis quoad æstimationem litis contestatæ tempus spectari; sed supponendi erunt termini habiles, subaudiendumque ut alias semper, si modo possit; si ratio alia iuris vel naturæ non obsistat. Sicuti hic natura impedit spectari valorem rei tempore quo non extat. Dicit Faber ex hac ipsa necessitate & alias æstimandi impossibilitate recurri ad iusiurandum hoc affectionis. Retorqueo. In hoc iureiurando fit æstimatio, si non rei ex affectione (quod dicitur *L.* 1. *h. t.* sed impugnat Faber vocula *ex* delata, vid. *C. praeced. N.* 8.) saltem (dicente id Fabro) affectionis ad rem. Et fingitur, postquam iuratum est vel tanti rem fuisse vel tanti interesse partim peculiariter, partim ex affectione quanti iuratur. Non igitur ratio temporis habenda, quo res non exstat, nec affectio alio tempore considerari potest, quam quo res adhuc fuit. Quis enim afficiatur erga rem quæ non est; qui, sodes, iurari potest in litem ex affectione præsenti. Nam immo etsi de præterita affectione obiiciat aliquid adversario, non tam illi quam sibi suæque intentioni adversatur per supra dicta. Quod si dixerit se distracturum fuisse rem acceptam, nonne inde efficitur contentum esse debere, si id pretium accipiat, quod ab alio emptore accepturus. Nonne in hoc satis superque indulgetur actori, quod probare eum non oportet, quanti potuerit res venire; sed eius assertioni, iuratæ licet, in caussa sua fides habetur. Ea his liquido iam apparet, tantum abesse, ut re fataliter perempta confugere necesse sit ad iusiurandum affectionis, ut nec alii quam veritatis iuramento locus esse possit, etiam in bonæ fidei iudiciis, etsi maxime dolosa mora fuerit, de quo *infra N.* 6. Nihil obst. verba *non potest d. L.* 5. *§. ult.* Nam resp. patet ex iis quæ Don. *ut in medio h. Cap.* ibi: & *Ratis d. §. ult. etc.* Quæ & convincunt falsum esse, quod Faber vult æstimationem præteritam rei peremptæ perinde sciri posse, ac si exstaret. Nam immo hoc casu ea collatione cum aliis rebus eiusdem & speciei & bonitatis, quæ eo tempore de quo quæritur venditæ, scitu facilius, quanti & hæc venire potuerit. Perempta ea, etsi de specie ex. gr. equo, servo, certi simus, non ita facile de qualitate & bonitate, ut Donellus hic, cum equus & servus alius 10. alius 100. florenis venire possit. Necessitatis hoc iusiurandum dici posse non diffiteor, in quo nec Donellus repugnat. Non minus tamen verum est, apte veritatis dici: quin ita melius constat oppositio alterius speciei. Hoc nego absolutam impossibilitatem probandi æstimationem requiri. Quidni enim summa difficultas efficiat, ut necessarium hoc videatur, sine quo nempe, probatione defecti plerique actores commodo litis exciderent, reis impune moram laturis. Nonne haud absimili ratione necessarium iusiurandum dicitur, quod vulgo suppletorium, de quo *Commentar. in Tit. Digestor. de iureiur. Cap.* 11. Denique ea iis quæ Don. *hic* profligatur Fabri opinio & omnino ex *L.* 9. *h. t.* verbis: *tanti rem fuisse*, non dicitur *se habuisse ex affectione*, etc. Male itaque Faber non audiri probationem contrariam. Contra vid. *C. seq. N.* 11. 12.

3) Quod ex iisdem LL. confirmat Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 2. Attamen in specie *L.* 3. *h. t.* puto affectionis iuramentum præstari, si alia eius requisita concurrant, vid. *not. C. praecd. N.* 7.

Digitized by Google

habere potuerit. Unde & præcipue dicitur hoc iureiurando contumacia rei puniri. *L. tutor*, §. 1. *D. h. tit.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori consuleretur.

III. Ait Marcianus, iurari *interdum*: quod explicat his verbis: *Veluti*, inquit, *si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit*. Dixit, *veluti*, ut intelligeremus sub una specie res omnes eiusdem generis ac similes accipere nos debere, ut fit, cum exempli caussa aliquid dicitur, *L.* 1. §. *quod vulgo*, *D. unde vi*. Atque hoc modo hic & de promissore, & de Sticho, & de mora, & de morte loquitur. Nam etsi debeatur quid non ex promissione, sed ex alia caussa, puta ex testamento, idem est, ut declaratur in *L.* 6. seq. Unde & regula antea generaliter de actione stricti iudicii concepta. Idem, si non Stichus, sed alia res debita perierit: idem si non ex mora, sed ex alia culpa debitoris. Et in summa intelligimus duas 4 res in universum esse, quæ coniunctim hoc iusiurandum in actione stricti iudicii inducant; culpam debitoris, quæ perpetuavit obligationem, & interitum rei debitæ. Quæ cur duo hic exigantur, & simul coniuncta cur ad hoc prosint, cognoscendum est. Primum moram, aut culpam debitoris intervenire oportet; quoniam si prius res pereat, quam per debitorem factum sit, quo minus daret, iure liberatur. *L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat. L. quod te*, *D. si cer. pet.* Et quidem ita, ut nec æstimationem debeat. *L. in ratione*, §. *incertæ*, *D. ad L. Falcid.* ut propterea iurisiurando locus esse non possit. At mora facta perpetuatur deinceps obligatio; ut quanvis res pereat postea, nihilominus tam teneatur debitor, quam si res exstaret. *d. L. si ex legati*. *L. si servum*, §. *sequitur*. *L. nemo*, *D. de verbor. oblig.* Unde & re perempta etiam nunc de æstimatione superest actio. *L. in re*, *D. de cond. furt.* Idem est, si culpa debitoris res perierit, *d. L. si servum*, in pr. & §. 1. & culpa quidem etiam sine dolo, *d. L.* §. *sequitur*. Exigitur hic præterea, ut res perierit, ut exemplum allatum ostendit in *d.* §. *plane*, & *L.* seq. *alias*. Ubi verbum, *Alias*, non potest referri nisi ad conditiones prius comprehensas, quæ significantur ideo esse adiectæ, quia *alias*, id est, extra has conditiones in his iudiciis non iuratur in litem.

IV. Et ratio huius rei in *d.* §. *plane* reddita est; *quia iudex sine delatione iurisiurandi, æstimare non potest rem, quæ non extat*. Sic enim 5 legendum est; non ut in Pandectis Florentinis, *sine relatione iurisiurandi*: iudex enim, non alius, iusiurandum in litem defert. *L. tutor*, *D. hoc tit.* at iudici certe nemo defert, ut dici possit iudicem id referre. Sed cur non potest iudex sine delatione iurisiurandi æstimare rem quæ non extat? Id vero aperte falsum est, si quis de eo, quod natura fieri potest, interpretetur. Potest enim actorem cogere, ut probet rem tanti esse, quanti dicit, aut affirmanti credere. Sed hoc sic accipiendum est, ut non possit iure, atque ex officio iudicis: quia non potest sine iniuria actoris aut debitoris. Actoris, si probationem exigat ab invito. Sic enim eveniet, ut actore non probante reus absolvi debeat: at re amplius non extante, æstimationis eius aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio est. Quibus enim instrumentis ea demonstrari possit, aut quibus facile testibus? Neque enim instrumenta de rei æstimatione confici solent, neque testes reperias, qui rem cum extaret viderint,

4) Vulgo DD. duo requirunt. (1) Dolum præteritum (cum iusiurandum affectionis fere præstetur ob dolum præsentem.) (2) Difficultatem probationis Menoch. *Arb. Cas.* 208. Io. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 4. *n.* 20. & §. 26. *n.* 9. & refert A. Fab. 16. *Coniect.* 13. Unde & huc refertur iusiurandum Zenonianum *L.* 9. *C. Unde vi*. Menoch. *d. loc. n.* 3. & *seqq.* item quod præstatur contra tutorem vel administratorem qui non confecit librum rationum, Plot. *d.* §. 4. *n.* 85. & §. 9. *n.* 28. Menoch. *d. loc. n.* 16. & *seqq.* Munnoz *de Ratiocin. C.* 9. *n.* 26. & *seqq.* contra fiduciarium heredem, & usufructuarium omnium bonorum inventario non confecto, Plot. §. 26. Quin Duaren. *h. t. n.* 52. quoties de eo, quod interest, quæritur, cuius probatio difficilis *L. ult. de prat. stip.* hoc iusiurandum deferri putat. Sed ita ut Don. *hic* Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 2. & 3. & C. 5. *n.* 24 ubi & ob levem culpam iusiurandum veritatis præstari, quia eius species sit mora. Neque aliud puto mora post iudicium acceptum commissa. Tametsi DD. vulgo qui docent ex dolo quandocunque etiam ante sententiam commisso, si iuncta sit difficultas probationis, iusiurandum hoc deferri, insectetur A. Fab. 17. *Err. Prag.* 6. Namque, ait, si post iudicium acceptum res perempta, citra iusiurandum hoc iudex æstimare potest rem perditam, inspecto scilicet tempore litis contestationis. Siquidem etsi exstaret non alius temporis, quam quo lis contestata est, æstimatio deberetur, quæ sciri perinde potest re perempta *L. pen. de cond. tritic.* Nec etiam difficultas quantacunque, sine tamen impossibilitate, iuriiurando huic in strictis iudiciis locum dat, nisi forte in unica specie *L.* 9. *C. Unde vi.* odio violenti possessoris. Ubi tamen novum iurisiurandi genus a Zenone inducitur, non de æstimatione rei debitæ, sed probanda quantitate rerum per vim subreptarum. Sed ad hoc facilis Resp. ex *not. C. praced. N.* 2. vers. *Ponamus (ne litem, &c.*) Spectetur sane, esto, eius temporis æstimatio. At si res periit antequam æstimaretur, maior ratio deferendi huius iurisiurandi actori quam difficilem eiusdem probationem ex mora Rei iniungendi &c.

5) Quomodo & legit A. Fab. *Lib.* 16. *Coniect.* & *Decad.* 18. *Err. Prag. passim*. nulla mentione correctionis. Et ita in editione Parisiens. an. 1527. & aliis.

Digitized by Google

rint, aut curiosins, quanti esset, observarint; aut etiam meminerint. At iniquum est, moram & culpam debitoris actori nocere. *L. iu condemnatione*, *§. unicuique*. *L. factum*, *D. de reg. iur.* Reo index iniuriam faeiet, si necessitate probandi actori remissa (ut debet) nudam eius æstimationem volet sequi sine delatione iurisinrandi: quia eum posset actorem sine ininria obstringere religione iurisiurandi, ne falsum diceret, & hanc veluti probationem a reo exigeret, maluit eum absolnte in caussa sua facere iudicem, qnod cum genere ipso iniquum sit, nunquam quoad eius fieri poterit, est admittendum. *L. Iulianus ait*, *D. de iudic.* ut in hac caussa non est, iniquum, ubi iusiurandum ante delatum accedit; cum aliter actori consuli non possit, & huic delationi culpa debitoris caussam dederit: & rursum aliter reo consuli non potest, nisi delato actori iureiurando. Ex quo intelligimus illam necessitatem huius iurisiurandi deferendi, propter quam nimirum in litem inrandum esse Marcianus dixit, non, iurari.

V. Hoc loco diligenter monendi sumus, quod hactenus diximus de re quæ periit in totum, ut fit cum Stichus decessit; idem admittendum esse, & in re deteriore post moram facta, nt iuretur hic & de æstimatione, quatenus res deterior facta est. Nam & id quod eatenus periit, non extat, nec magis potest nunc æstimari sine iureiurando, quam si res omnino periisset. Et vero quod ius est de toto, idem & de parte intelligendum esse placuir. *L. quæ de tota*, *D. de rei vind.*

VI. Ad extremum non est prætereundum, quod Marcianus ait, hæc statui non in actione stricti iudicii, *sed & in actione stricti iudicii:* qua coniunctione admonemur, quod hic actionibus stricti iudicii tribuitur, ita his tribui, ut sit etiam cum aliis commune. Atqne hoc voluit intelligi, si quid ex bonæ fidei, aut arbitrariis actionibus præstandum sit, quod itidem post moram debitoris possessorisve perierit, non minus: atque adeo multo magis etiam in his [6] eodem modo iurandum esse, ut in quibus & eadem æquitatis ratio, & natura actionum plenior, evidentius idem ius desiderent. *§. iu bonæ*, & *§. præterea*, *Institut. de action.*

VII. Sed non ut omnium actionum commune est, ut in his iuretur in litem, cum res post moram periit: ita est omnium commune, ut in his non iuretur, si adhuc res exstabit. Solum actionum stricti iuris hoc proprium est, ut in his re extante nunquam in litem iuretur. Diversum est in bonæ fidei iudicils, & arbitrariis, in quibus utcumque dolo adversarii fiat, ut res non restituatur, quantumvis extet, iuratur in litem, & quidem ita, ut rei æstimatio arbitrio domini subiiciatur: huic enim iurliurando in contumacia rei locus est. *L. 1. L. 2. §. 1. L. t. tutor*, *D. h. titu.* non est autem contumacia, nisi, cum qui restituere rem debet, & potest, is non restituit. *L. contumacia*, in fin. *D. de re iudic.*

VIII. Actionem autem stricti inris hic intelligere debemus etiam eam, quæ ex delicto oritur, veluti condictio furtiva, vel ipsa furti actio: de qua posteriori tantum accipienda est [7] *L. cum furti*, 9. *D. h. tit.* scribit enim illic Iavolenus, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit, cum furtum factum est. Atqui si de re condictione furtiva ageretur, ut illic accepit Accursius, æstimatio fieret eius temporis, quo res unquam plurimi fuisset, postquam furtum factum est. *L. in re*, *§. 1. D. de cond. furt.* Cur non igitur & in actione furti, cum res æstimanda est, idem dicimus? Differentiæ ratio est, quod in condictione res furtiva petitur, quod quia omni-

6) Ita & Borch. *h. t. C. 4. n.* 80. Plane A. Faber sicuti in strictis ex mora iusiurandum affectionis admittit ut *supra N.* 2. ita ea eadem in iodiciis bonæ fidei 56. *Coniect*, 13. *&* 17. *Err. Prag.* 6. *ac* 50. si res ante litem contestatam periit. Nam hoc, arguit, commune omnium iudiciorom tempus litis contestatæ spectari ex ipsissima iuris ratione, licet in bonæ fidei iudiciis id oon spectetur præcise, si vel moræ vel condemoationis tempore res pluris fuerit. Quare cum potuerit æstimatio augeri usque ad tempus rei iudieandæ, & per moram factum, ne cresceret: non debet illa efficere quo minus præsens æstimatio debeatur. Qualis autem sit, re perempta, non magis a iudice in his, quam in strictis iudiciis constitui potest. Verum omnino puto, nec in bonæ fidei iudiciis alii qoam veritatis iuriiurando locum esse, quoties res casu fatali periit, etsi dolo Rei factum, ne citius restitueretur. Quippe nec hic affectio spectari facile potest, cum si certum foret rem ipsi actori quoque perituram, ne veram quidem is æstimationem consequeretur *L. 14. §. ult. Depos. & similib.*

7) Borch. *h. t. C. 4. n.* 78. Gœd. *ad L.* 192. *de V. S.* A. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. Qui in eo errare videtur, quod *d. L.* 9. de iureiurando affectionis accipit, & ideo ad condictionem furtivam non pertinere, quia in hac illi iuriiurando non locus sit, nisi eo casu quo res post moram periit. Confer. *supra* ea Fab. *N* 2. Nunquid igitur in actione furti pœnali indistincte ex affectu iurabitur. Id consequens equidem. Verum qui vel *L. 5. pr.* vel iuris rationi conveniat, non video. Ne dicas & hic rationi locum esse, ne cogatur dominus re sua carere, ac iusto pretio eandem vendere, ut A. Fab. *d. loc.* Nam ei immo magis locus in condictione furtiva, quæ veluti ex caussa dominii datur, & actio furti sæpissime datur non domino, cuius quoquo modo vel ratione interest. Denique quadruplati verum pretium diserte docet *L. 50 pr. de furt.* quæ perspicue Fabrum refellit. Alii de condictione furtiva *d. L.* 9. accipiunt ut citati *supra Lib.* 21. *C.* 3. *N.* 55. De utraque accipi poterit, si spectetur principalis ibi quæstio non de tempore iuxta quod æstimatio, sed an adiici debeat eo plurisve, add. not. *h. C. N.* 2. *sub fin.*

omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æstimanda est pro arbitriu & commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur, sed furti pœna; quam æstimari oportet ex eo tempore, quo furtum factum est. Actio enim furti, quæ hanc pœnam persequitur, iure proposita est ei, *cuius interfuit rem non surripi*, *L. cuius*, 10. *D. de furt.* hæc verba ad id quod interest eo tempore, quo furtum factum est, non obscure referuntur: sed obiiciet aliquis, in actione furti non recte nos dicere in litem iurari, cum ea sit actio de pœna furti, non de re furtiva, cuius de æstimatione in hoc iureiurando quæritur. Dicimus sic actionem de pœna esse, ut non eo minus in eo iudicio & res furtiva æstimanda sit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum. Id quantum sit, intelligi non potest, nisi prius constiterit, quanti sit res furtiva, idest, simplum, quod duplandum aut quadruplandum est. Quod si hic res æstimanda est; etiam de ea æstimatione [8] iusiurandum locum habebit.

8) Ita Borch. *d. c.* 78. Et in hoc convenit A. Fab. 17. *Error. Prag.* 5.

CAP. XI.

Quæ sit vis iurisiurandi in litem, quibus conditionibus id servandum. De periurio.

Servari oportere iusiurandum in litem, si modo duas habeat conditiones. I.
1. *Si actor non alio a reo, sed iudice deferente iuraverit: quid si a reo ex culpa deferatur actori in id quod eius interest.* II.
Si tamen eum reus actori detulit, eo iureiurando teneri velit, idem & a iudice servari necesse est. III.
2. *Etsi actor & in immensum iuravit; sed tamen modum in eo non excessit a Iudice præfinitum. Iurare in immensum quid sit; & quatenus iudex hoc quod iuratur sequi debeat.* IV. VI.
An, & quando Iudex possit iuriiurando in litem taxationem adiicere: quæ vis huius taxationis; & qua distinctione tota finiatur hæc quæstio. V. VI.
Sive nec *iudex a se delatum iusiurandum minuit aut reiecit ex magna caussa: quæ sit talis.* VII.
An posteriori huic exceptioni fuerit iure novissimo derogatum. VIII.
Exponitur. L. de periurio 11. D. de In lit. iur. IX.
Iusiurandum in litem, si periurium habet coniunctum, posse ex caussa retractari solum illud quo quanti res est æstimatur. X. IX.

I. Nunc de vi iurisiurandi in litem dicendum est. Vis est in eo, ut servari debeat, ut si & de alia re inter litigatores iuratum esset, sed suis conditionibus. Hæ duæ sunt, Una, si actor deferente iudice iuraverit. Altera, si taxationem iudicis non excesserit.

II. De priori conditione sic Ulpianus scribit in *L.* 4. *videamus*, §. *deferre*, *D.* h. tit. *Deferre autem iusiurandum, iudicem oportet: cæterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato eo iuratum sit: nulla erit religio, nec ullum iusiurandum: & ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, & divi patris eius:* hæc ille. Et siquidem alius deferat, quam reus, expeditum est, quod dicit nullum esse iusiurandum: at reo deferente, cur ei iusiurandum non noceat? Movet, quod aliud omne, quod non est in litem, adversus eum qui detulit, servari placet; non quod non sit in litem, sed quia, ut Iuris auctores tradunt, proficiscitur ex conventione, & speciem transactionis continet: ideo servandum propter religionem, & conventionem, seu transactionem. *L.* 2. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, *seq.* §. *ult. L. admonendi*, *D. de iur.* Et quod idem valet, quia æquum est adversus eum custodiri, qui contentus eo, cum deferret, fuit *d. L. qui iurasse*, in princip. Concurrunt hæc omnia etiam in eo iureiurando, quod in litem a reo defertur: cur ergo non servabitur? Quia iusiurandum aliud omne, quod servari diximus, interponitur de re ad litigatorem omnino pertinente. In iureiurando hoc in litem etiam res iudicis agitur. Adhibetur enim,

enim, ut puniatur contumacia non restituentis, aut non exhibentis. *L.* 2. *§.* 1. *L. tutor*, *D. hoc titulo*. Hæc contumacia adversus iudicem committitur, cui iubenti non paretur. Merito igitur iurisiurandi delatio ut in re maxime iudicis, arbitrio eius & potestati permittitur. Ex quo intelligitur non idem esse in alio illo iureiurando in litem, quod ex culpa defertur actori in id quod eius interest; ad id iusiurandum superior definitio non pertinet, nec quicquam prohibet, quo minus reus recte id deferat, & eum detulerit, adversus eum ex generali regula edicti servetur. *L.* 5. *D. de iureiur.* Quod semper ita accipiendum est, dummodo reus præsente iudice id deferat, ut in omni iudiciali iureiurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter*, *§. omne igitur*, *C. de reb. cred.*

III. Sed & illud quod de priore iureiurando in litem dictum est, nullum esse id iusiurandum, si reus detulerit, non index; sic accipiendum est, ut nullum sit, siquidem reus, postquam iuratum est, eo [1] teneri nolit; cæterum si velit, consentiatque, ut in eam æstimationem sententia feratur; non est in potestate iudicis id non sequi, quasi ipse iusiurandum non detulerit; quoties enim inter litigatores convenit, quid pronuncietur, iudicis officium est eiusmodi sententiam proferre. *L. si convenerit*, *§. de re iudic.* Nec contrarium est quod in *d. L.* 4. *§. deferre*. dicitur, nullum esse iusiurandum; neque enim tam iusiurandum hic iudex sequitur, quam posteriorem conventionem.

IV. De altera conditione videamus. In quo quæritur, an iudex tanti reum condemnare debeat, quantum petitor in litem iuraverit, etsi in immensum iuraverit; an vero sit in potestate iudicis, id iusiurandum non sequi. Sententia summa Ulpiani est in *d. L.* 4. *§. iurare*, & *§. sequen.* Si quis deferente iudice iuraverit in litem, quanvis in infinitum, iudicem tamen id sequi debere, nisi aut is modum statuerit, ad quem usque iuraretur, & actor hunc modum excesserit; aut magna aliqua caussa id non sequi suadeat: ut constet locus definitione una, cui adiunctæ sint duæ exceptiones. Ait ergo, iurare in infinitum licet; id postea dicit, in [2] immensum, id est, in eam summam, quæ longe rei pretium, ac pene modum in eo excedat; certa sit tamen, & pronunciatione finita, non incerta: iudex enim certam sententiam ferre debet. *§. iurare*, *Institut. de offic. iudic.* Nam infinita hic dicitur, non quod pronunciatione finita non sit; sed quod verbis legis sit infinita: quoniam quibus legibus de hoc iureiurando cautum est, certa quantitas non adiicitur, ad quam usque iuretur: sed sine ulla præfinitione iuris, licet in hanc aut illam summam iurare. *L. arbitrio*, *D. de dolo.* Quod ait Ulpianus ita iurare licere, significat ita licere, ut cum iuratum fuerit, iusiurandum servandum sit, & iudex id sequi debeat: idque significat in *§.* sequen. ubi definit, magis esse, ut iudex possit hoc iusiurandum non sequi, sed ex magna caussa; nisi igitur hæc magna caussa sit, sequi cogitur. Quod ipse idem apertius expressit in *L. qui restituere*, *D. de re. vindic.* cum ait, si possessor dolo fecerit, quominus posset rem restituere, damnandum eum esse, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit. Ut quanvis excesserit actor duplum rei petitæ, aut triplum, atque adeo quadruplum; tamen non dubia sit sententia Ulpiani, iudicem nisi quæ magna caussa prohibeat, id sequi oportere. Neque id [3] mutavit constitutio Iustiniani. *L. un. C. de senten. quæ pro eo quod int. prof.* Non enim hoc iusiurandum est in id quod actoris interest, cui modum illa constitutio præfinivit, sed quanti actor rem æstimet, idque pro arbitrio & ex affectu; quæ res inter se ut contrariæ opponuntur. *L. tutor*, *D. hoc tit. L. non a iudice*, *D. de iudic.* Sed & in hoc iureiurando contumacia non restituentis punitur. *d. L. tutor*. cum hoc expe-

1) Duar. *h. t. in poster. Comm. C.* 4. ita: Si simpliciter reus detulit, non sic intelligimus, quasi inter eos hoc convenerit. Sed si appareat id convenisse, ut tanti condemnetur reus, si iuret actor, id servandum. Recte. Tunc enim, opinor, non pro iureiurando in litem, sed decisorio habendum est. Sed & acceptando iudicem deferre videri, Plot. *h. Tr. §.* 50. *n.* 2.

2) Hæc pro iisdem habet Donell. & Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. Sed rectius puto Duar. *h. t. n.* 27. *in priorib. Comm. & in posterior. C.* 4. quod infinitum hic, non *ἄπειρον*, nec idem quod *d. §.* 2. dicitur immensum, sed *ἀόριστον* indefinitum, alterum. Sic Cicer. 4. *Top.* Quæstionum duo genera; Alterum infinitum, alterum definitum. Sic in *L.* 91. *de condit. & demon. L.* 13. *§. ultim. de dam. inf.* Distincta igitur infinitum sine præfinitione, non tamen sine modo: & immensum, sine modo & mensura, cum affectioni nimium indulgetur. Obrech. *Disp.* 12. *de R. V. P.* 1. *C.* 9 *n.* 435. *&* 2. *seqq.* add. Bronch. 1. *Misc.* 61. Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. A. Fab. 16. *Coniect.* 17. *&* 18. *Err. Pragm.* 10. *& not. supra Lib.* 6. *Cap.* 20. *N.* 1.

3) Ita contra Bart. & DD. vulgo Duar. *h. t. n.* 27. *& seq.* tum quia nec æquum est, cogi aliquem rem suam duplo iusti pretii vendere, tum quod plurimum differat id quod interest, *d. L. un.* ab eo de quo in litem iuratur, *L.* 64. *de iudic.* Ac confirmat Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. vers. *verum animvers &c.* Duss. Io. Bapt. Plot. *h. Tr. §.* 49. *n.* 25.

Digitized by Google

expedit metui delicti pœnam: *L. si unus, §. pacta, D. de pact.* tum vero iex Iustiniani ad casus incertos, in quibus sunt delicta, non pertinet, ut illic docuimus. Nunc exceptiones videamus.

V. Prior exceptio est, licet in infinitum iurare, ut servetur iusiurandum, nisi iudex modum statuerit iuriiurando, ad quem usque iuretur: tum enim ultra iurare non licet. *L. si quando, C. unde vi.* Et si iuratum sit, hactenus nullum est iusiurandum, quasi nec delatum. *d. L. 4. §. deferre*. Sed repugnare videntur leges & edicta de hoc iureiurando: in quibus nullus modus adiicitur, nulla certa quantitas. *L. arbitrio*, in prin. *D. de dol. L. tutor, D. hoc tit. L. si filiafamilias, §. 1. D. sol. matrim. L. si cum dos, §. ult. D. rer. amot.* Ulpianus contra ut probet posse iudicem modum huic iuriiurando statuere, utitur hoc argumento, quod iudex possit a principio nec iusiurandum deferre: quod & dicitur in [4] *L. 5.* seq. *D. h. tit.* Quod si verum est, recte colligit: nam qui potest non deferre in totum, multo magis potest pro parte non deferre. Pro parte autem tantum iusiurandum in litem non defertur, cum taxatio iuriiurando adiicitur. *Sed & arbitrio bonæ fidei iudicis*, inquit, *hoc congruit*, Neque obstat, quod idem Ulpianus in *d. L. qui restituere*, definit; non enim illic dicit reum damnandum sine ulla taxatione: sed reum damnandum, *quantum adversarius sine ulla taxatione iuraverit*; ut hæc verba [5] *sine ulla taxatione*, non ad iudicem damnantem, sed ad adversarium iurantem referantur. Sic enim res haber, ut cum iuravit actor sine ulla taxatione, id est, nulla taxatione a iudice præfinita, iudex hoc ipsum sequi, & tanti reum damnare debeat, *d. L. qui restituere*. Aliter atque si taxationem in deferendo adiecerit. *d. L. 4. §. iurare*. Sed enim, aiunt, ex hoc ipso loco colligitur, posse iudicem non sequi iusiurandum, cui nullam antea taxationem adiecerit. Dicitur enim in hoc *§. iurare*, generaliter posse eum taxationem adiicere, nec distinguitur quo tempore: ergo & postquam iuratum est, taxationi iudicis locus erit, *arg. L. de pretio, D. de public. cum simil.* quod & vulgo [6] interpretes admiserunt. Sed repugnant Ulpiani verba & sententia in *d. §. iurare*, & §. seq. ait enim, iudicem, qui iusiurandum detulit, non posse non sequi id; *nisi ex magna caussa, & postea repertis probationibus*: loquiturque non obscure de eo, qui aut nulla taxatione præfinita iuravit, aut præfinita quidem, sed constitit intra taxationem, ut si iusiurandum minuendum sit postea, non possit minui ob præcedentem taxationem adiectam. Hoc autem ait, iudicem minuere aut reiicere non posse, & solum magnam caussam, ac repertas postea probationes excipit. Nec moveri debemus quod generaliter de taxatione iudicis loquatur: nam neque verbum taxationis generale est, ut ad posterius quoque hoc tempus pertineat: & si pertineret; non est tamen hæc mens Ulpiani, ut ad id referri debeat. Taxare non est minuere, id quod factum est, sed [7] modum statuere rei futuræ: & ut Festus significat, *Lib. 17.* taxatio est, cum quid alicui faciendum permittitur, sed certo præstituto modo, ad quem usque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præscribe-

4) *L. 3. §. 2. ad exhib.* Menoch. *Arb. Ca.* 207. n. 29. Borch. *h. t. C. ult* n. 2 & DD. communiter. Diss. Ant. Fab. & ex parte Coras. ac Vital. *ut N. seq.*

5) Aliter DD. vulgo respond. sine taxatione ulla scilicet quæ fiat a lege, non autem sine ea, quæ iudicis arbitrio commissa, & Pac. 3. *Enant.* Q. 88 Bronch 1. *Misc.* 61. Borch. *h. t. C. ult.* n. 1. Quam distinctionem reprobat Vital. 1. *Var. Lect.* 21. putans taxationi huic iudicis locum esse, non in omni iureiurando in litem, sed ubi restituere iussus, dolo possidere desiit, ut *d. L.* 68. quem gravius coerceri putat ob dolum post condemnationem commissum, ne iudicato pareret, quam si ante commisisset. Et ita *d. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1 h. t.* de dolo diverso tempore admisso accipit. Sed male. Et si eodem collimet Coras. *ad L. 5. h. t. n.* 30. Nam & *dd. LL.* indefinite loquuntur & *ex L. 1. & 2. h. t.* apparet hoc titulo præcipue de iureiurando ob contumaciam non restituentis, cum posset, tractari. Audentius A. Fab. 16. *Coniect.* 17. & 18. *Err. Prag.* 10 qui *d. L. 4. §. 2. a verb. sed an iudex.* & *§. seq.* 3. itemque *d. L. 5. §. 1.* & a pro Triboniani ineptis additamentis venditat, nullam taxationem iudicia agnoscens, cum nec citra eam immensum iura permittant iurare, aut rem valoris 50. mille ex. gr. æstimare. taxationem hanc ignotam mediæ iurisprudentiæ primum a Zenone inductam, *L. 9. C. unde vi*, in iurisiurandi ea specie, cuius longe alia ratio sit. Plura id genus profert, quæ profligare non nimiæ operæ foret, si pretium operæ videretur. Quem vero cordatiorem turbibit hæc Fabri argutatio. Si iudicis arbitrii est, ait, taxare quantitatem, non dici potest, quonam casu de periurio quæri possit; si quidem facta taxatione non potest videri peierasse, si ad permissam usque quantitatem; non facta imputari potius iudici posset, cur non taxaverit. Quis item eo moveatur, quod bonæ fidei iudex *d. §. 2.* non concinne dicatur. Immo dicitur ita, ut bonæ fidei debitor, a Symmacho 3. *Epist.* 42. & ut Augustus bonæ fidei se esse dixit. Sueton. *in Aug. C.* 42. Quo non tam ad iudicia bonæ fidei, cum non in his solis ita loquatur, quam ad officium iudicis, cuius est nimiam iniquitatem non admittere, respicitur.

6) DD. vulgo & Borch *h. t. C. ult.* n. 3. Menoch. *Arb. C.* 207. n. 30. cum quibus sentire videtur Robert. 1. *Animadvers.* 29. *sub fin.* Tametsi aliud statuant in iuramento veritatis, quia, aiunt, si ibi taxatio sequi posset, periurium iurantis detegeretur, quod non accidit in affectionis iuramento, ubi taxatio non peierasse arguit, sed immodicam eum affectionem habuisse Menoch *Arb. C.* 208. n. 5. Borch. *d. C. ult* n. 4. vid. Coras. *ad L. 5. h. t. n.* 20. Sed recte Donellus.

7) Vid. Cuiac. 2. *Obs.* 12. qui ostendit, ita in contractibus & testamentis *taxationes* dici præscriptiones verborum, quibus oratio coercetur aut dilatatur.

bebatur, quod ius ei esset statuendi. Atque hanc vim & significationem esse taxationis, quæ iuriiurando in litem adiicitur, aperte declaratur in *L. si quando, C. unde vi.* ubi de bac taxatione ita scribitur, ut taxatio præcedat, iusiurandum in litem sequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a iudice ante factam iurare. Apertius Iustinianus hoc de voce taxationis confirmat *Novel. de iudic. §. oportet.* Scribit enim in hanc sententiam, si iudex victori iusiurandum de expensis deferat, ad quantitatem scilicet quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, & quæ sequuntur. Interdum tamen taxatio [8] æstimationem significat. Ut *L. cum propria.* in fi. *C. si quis alt. vel sibi.* iuncta *L. non ignoret, C. de fruct. & lit. exp.* & in *L. 4. C. de act. empt.* Quæ significatio huc non pertinet. Hæc de verbis: de Ulpiani mente dubitari etiam non potest. Ait enim, *ut intra certam quantitatem iuretur*, ut iuretur, inquam, nempe postea, non autem ut ante iuratum minuatur. Et continenter: *Ne arrepta occasione in immensum iuretur.* Non metuimus, ne in immensum iuretur, postquam iuratum est; sed ante quam iuretur, ubi res adhuc est integra, & adversus hunc metum vult superiorem modum adiici; proinde rebus adhuc integris & ad frenandum futurum iusiurandum.

VI. Sed nondum hæc sententia constituta est: pendet enim Ulpianus ex hac ratione, quod possit iudex ab initio iusiurandum nec deferre, ut & Marciano in *L. 5. seq.* at hæc ratio falsa videtur. Primum traditur multis locis constanter, cum res petita non restituitur; siquidem culpa rei, damnandum eum quanti res est: sin dolo, debere rem æstimari & reum damnari, non quanti res est, sed quanti adversarius in litem iuraverit, *L. qui restituere, D. de re. vind. L. non a iudice, de indic. L. tutor, D. h. tit. L. filiofamilias, §. 1. sol. matr. L. si cum dos, §. ult. rer. amot.* Quibus verbis significatur rem non voluntati iudicis permissam, sed subiectam iuris necessitati, ut quanvis ista nolit, tamen iure pro officio facere cogatur. *arg. §. curare, Inst. de off. iud.* Idem probant rationes superioribus locis adiectæ: ideo reus damnandus est, quanti in litem actor iuraverit, quia non est æquum pretio, idest, quanti res est, litem æstimari, vel invitum quem cogi suo pretio res suas vendere. *L. tutor, D. h. tit. L. si cum dos, §. ult.* & *L. non enim, seq. D. rer. am.* At extra hoc iusiurandum nulla est æstimatio, nisi quanti res est, seu quanti actoris interest. *L. non a iudice, D. de indic.* Non licet ergo iudici hoc iusiurandum non deferre adversus contumacem, *& contumacia punienda est*, inquit Marcellus, *& rei pretium arbitrio potius domini statuendum.* d. *L. tutor*, additque ibidem nominatim, id faciendum esse *potestate petitori in litem iuranti concessa:* igitur hoc dicit, debere iudicem hoc iusiurandum actori deferre. Quid ergo est, quod ab Ulpiano & Marciano dicitur, posse iudicem hoc iusiurandum nec deferre? Utrumque recte dicitur, sed suis conditionibus. Non est in potestate iudicis hoc iusiurandum non deferre, si de facto, quod superioris condemnationis caussa est, idest, de dolo & contumacia possessoris [9] constet: ut nec illud est in potestate iudicis, contumaciam non restituentis non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non statuere. Utrumque enim iniquum & contra ius. *d. L. tutor, d. L. non enim*, Non licet autem iudici contra quam ius & æquum est, iudicare. *Inst. de off. iud.* in pr. & maxime in his iudiciis, in quibus iuratur in litem, idest, in bonæ fidei & arbitrariis actionibus ut supra dictum. In his enim potestatem quidem liberam iudicandi habet, ut tamen id facere iubeatur ex æquo & bono. *§. in bonæ, §. præterea, Inst. de action.* Quod si de facto, & contumacia ambigitur, aut de ea non satis liqueat; ibi valet, quod dicitur, posse iudicem non deferre iusiurandum, ut de facti quæstione ipse statuat: quippe facti quæstio in potestate iudicantis est, iuris autem quæstio legis auctoritati reservatur, ut Papinianus elegan-

ter

8) Unde taxatores, taxatio expensarum, &c. Alio item sensu Sidon. *Lib. 7. Epist. 9* Si urbium status non tam murorum ambitu quam civium claritate taxandus est.

9) Recte. Convenit, Duar *h. t. n. 9.* & Coras. *ad L. in act. 5. hoc tit. n. 21.* Non hoc itaque liberæ & absolutæ potestatis iudicis tanquam a sententia denegante hanc delationem appellari nequeat, ut voluit Castrensis. Sed si pro negotii natura æquum, necessitate adstringitur iudex, *L. 68. de R. V. L. 3. h. tit* arg. a contrario ex verbis: *non oportet.* Nam quæ iudicis arbitrio concessa, non in meram eius voluntatem, (uti cum *L.* dicit posse iudicem, *L. 40. de iud.*) sed quasi bono viro commissa intelliguntur, arg. *L. 75. de L. 1. & simil.* Quare si contra vere contumacem non deferat iudex, appellare licebit, Duar. & Coras. *dd. loc.* Sicuti & contra a delatione eiusdem adversarius recte appellat, Coras. *ad d. L. 5. n. 30.* Nec deferendum hoc nisi petenti, nec præstandum nisi parte adversa citata, Plot. *h. Tr. §. 50. n. 7. & 8.* Rauchb. *P. 1. Q. 9. n. 45.* Nihil itaque caussæ, cur quod de hoc arbitrio habetur, *d. L. 4. §. 2. & L. 5. §. 1.* Triboniano tribuat & tantopere in eum invehat, A. Fab. 16. *Coniect.* 17. Neque pro eo facit *L. ult. h. t.* quam recte Donellus exponit *ut C. seq. N. 3.* Aliter Vital. 1. *Var. Lect.* 21. distinguit inter iusiurandum in litem illud, de quo in *L. 68. de R. V.* & aliud.

ter ſcripſit in *L.* 1. §. 1. in fin. *D. ad Turp. L. ordine*, in prin. *D. ad munic.* ſic in *L.* 2. §. *ſi quis iudicio*, *D. ſi quis caut.* ei qui tempeſtate vel vi fluminis prohibitus ſe ſiſtere non potuit, exceptionem dandam eſſe traditur. Hoc tamen ibidem paulo poſt in §. *si quis tamen*, ita temperatur, ut dicatur cauſſa cognita eſſe ſtatuendum, non ut quæratur de iure, ſi conſtet eum ſine culpa ſua incidiſſe in tempeſtatem; ſed ut ſtatuatur de facto, num cum poſſet non incidere in tempeſtatem, ipſe ſe artaverit. Licet igitur iudici non deferre iusiurandum in quæſtione facti, dum quæritur an contumacia intervenerit: item licet ei contumacia ipſa comperta & dolo æſtimare, quanta ſit contumacia, & quantus dolus, & ex eo, quod de qualitate facti cognoverit, iurisiurandi quantitatem moderari: neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, ſed alii aliis gravius; ſed & ex ſermonibus petitoris animadvertere poteſt iudex, quo ſit affectu actor in hac æſtimatione, & utrum animo ſuum conſequendi, an vero nocendi & ulciſcendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit & hoc iudicis id ipſum æſtimare, & non committere, ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero eſt, quod recte in *d. L.* 4. §. *iurare*. Ulpianus dicit, arbitrio iudicis bonæ fidei congruere; addidit *bonæ fidei*; non ideo tantum, quia forte de iudicio bonæ fidei quæſtionem inſtituerat; ſed quia maxime in iudiciis bonæ fidei libera poteſtas permitti videtur iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. §. *in bonæ*, *Inſtit. de act.* Sed non minus & in actionibus in rem, & ad exhibendum, quæ iudicia arbitraria ſunt, hæc poteſtas aut huic proxima iudici tribuitur in §. *præterea*, *eod. tit.*

VII. Altera exceptio illa eſt, qua Ulpianus in *d. L.* 4. §. *item videndum*, ſtatuit, etſi iudex nullam taxationem iuriiurando adiecerit, aut taxatione adiecta intra eum modum iuratum ſit: poſſe tamen iudicem delatum a ſe iuſiurandum non ſequi *ex* [10] *magna cauſſa*, & *poſtea repertis probationibus*. Magnam cauſſam accipimus, ſiquid emergat poſtea, quo aperte reiiciatur iuſiurandum: repertas autem poſtea probationes eas, quibus id ipſum recte probetur. Magna & iuſta hæc cauſſa eſt, ſi doceatur aut poſſeſſorem non deſiiſſe dolo poſſidere, ut videbatur; aut petitorem non eſſe dominum fundi, ut ſe eſſe intendebat. Horum enim utrumque iuſiurandum excludit, & ſi adverſus ea iuratum ſit, iuſiurandum ſit iniuſtum; nam neque iuratur in litem adverſus eum, qui ex culpa poſſidere deſiit, ut eſt in *d. L.* 4. §. *ex culpa*. & ſupra docui; neque ei qui dominus non eſt, aut cuius de iure non agitur, iuſiurandum hoc defertur *L. tutor*, *D. h. t.* Quoniam autem fieri poteſt, ut poſſeſſor in totum per contumaciam rem petitam non reſtituat, interdum tantum pro parte itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non ſit, interdum non ſit duntaxat pro parte; hinc eveniet, quod Ulpianus ſignificat, ut prout de his poſtea conſtiterit, ita iudex iuſiurandum aut in totum, aut pro parte non ſequatur: quod ita fiet, ut ille ſcribit, [11] ut illic quidem iudex reum prorſus abſolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc ſententia cum iis conſtitutionibus, quibus cautum eſt iuſiurandum a ſolo iudice delatum, etiam ſententia ſequuta, repertis poſtea novis inſtrumentis retractari poſſe. *L. admonendi*, *D. de iureiur.* Confirmatur maxime in *Novel. de iudic.* §. *oportet*. Ubi ita cautum eſt: *si iudex victori iusiurandum de expensis deferat ad quantitatem, quæ moderata illi eſſe videtur, quam leges taxationem vocant, ac victor iuret: ne iudici liceat in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnare, atque humanior videri velit, quam lex, quæ iſta conſtituit.* Aperte iuriiurando in litem, in quo nihil fiat adverſus delationem iudicis, ſtari vult conſtitutio, idque ex legibus veteribus ius eſſe teſtatur. Nec ad rem pertinet, quod

10) Hic quoque Tribonianus ab A. Fab. *d. C.* 17. clamitante illius eſſe, *d.* §. 3. vapulat indigne. Quæ enim aut cuius ponderis Fabri ratio: iuſiurandum tranſactionis vim habet, etſi a parte deferatur. Magis itaque ſi a iudice. Ergo ut tranſactionis retractatio non conceſſa repertis novis probationibus, ita nec iuriſiurandi huius. Erronee. Immo non habet vim tranſactionis hoc iuſiurandum cum non ex conventione proficiſcatur, nec conſenſum litigantium habeat.

11) Recte. Sed regerit A. Fab. *d.* C. 17. diverſam eſſe rationem. Illic iuſiurandum fieri condemnationem, iurari ob exſecutionem ad taxationem condemnationis. Putat enim Faber ita concipi ſententiam, ut tanti condemnetur reus, quanti actor in litem iuraverit, nec præcedere iuſiurandum condemnationem, ſed eandem ſequi, per *L.* 4. *C. de act. empt.* Quomodo igitur, inquit, qui antea condemnatus, abſolvetur deinde, aut minoris condemnabitur. Reſp. Falſum vero iſtud nec *d. L.* 4. nec aliunde probatur, ac iuris rationi repugnat quæ certam quantitatem in ſententia exigit. Sequi poteſt iuſſum de re reſtituenda, ſi ei non pareat reus. Sed is nec ex ſententia Fabri, toties ab eo prodita, ſententia eſt. Quid vero æquius hoc iure, veritate melius perſpecta reum abſolvi, in totum vel ex parte. Num non iuſtius eum, quem poſtea apparet nihil omnino debere, potius dimittere, quam adſtringere ad præſtandum quod non debet. Neque enim dolus eius argui poteſt, quem nihil debuiſſe, & ideo iuſſui de reſtituendo non paruiſſe apparet.

Digitized by Google

quod loquitur de eo iureiurando, cui iudex taxationem adiecit. Nam ut de eo iureiurando illic agitur; ita etiam proponitur actor intra eam taxationem iuraſſe. Par igitur, idem & de eo exiſtimari, cui nulla taxatio adiecta eſt, ad quemcumque modum poſtea actor iuraverit: quia & hic pariter nihil fit adverſus delationem, & eam poteſtatem iurandi, quam iudex conceſſit: non enim periculum eſt, ne ibi iuretur adverſus taxationem, ubi nulla fuit adiecta taxatio.

VIII. Illud in ſuperioribus verbis contrarium videri poteſt, quod Iuſtinianus præciſe iubet, ne iudex in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnet, nec ullam exceptionem adiicit; quaſi velit nec ex magna aliqua cauſſa eiuſmodi, qualem diximus, iuſiurandum relici poſſe. Sed non eo minus conſtitutio eum exceptione huius loci accipienda eſt: ſive quod priores leges ad poſteriores trahuntur, & contra. *L. non eſt novum. L. ideo. L. ſed & poſteriores, D. de legib.* Sive quod in toto iure generi per ſpeciem derogatur. Quid? quod ex verbis ipſis conſtitutionis hæc exceptio facile colligitur; vetat enim, ne iudex humanior videri velit, quam lex. Non ergo prohibetur, quominus æque ſaltem ſit humanus, atque lex. Imo vero hoc præcipue eſt officium iudicum, humanitatem & æquitatem legum ſequi. *L. quidam, D. ſi cert. pet. L. 4. §. ult. D. de eo quod cer. loc.* Ac conſtat ex *d. §. iurare*, & *§. item videndum. L. 4. h. tit.* ius ita eſſe, ut liceat iuriiurando taxationem adiicere, & ab eo, quod delatum ſit, ex cauſſa recedi poſſe. Quapropter & verbis Iuſtiniani idem iudici permitti intelligendum eſt.

IX. Ad vim quoque huius iuriſiurandi (licet non omnis, ſed eius quo res quanti eſt, æſtimatur, ut poſtea dicetur) pertinet definitio illa Pauli in *L. ult. D. h. tit. De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iuravit, quæri facile non ſolere.* Quod ait, *non facile*, id eſt, non ſine iuſta & evidenti cauſſa, *arg. L. etſi. D. de reg. iur. L. pen. D. de in int. reſt.* ex quo contra intelligimus quæri, id eſt, agi de periurio poſſe ex magna & iuſta cauſſa. Et ſiquidem agatur criminaliter, perſpicuum eſt nullam admodum agenti idoneam cauſſam eſſe de eo quærendi; quia ut periurium puniatur, in quo eſt ſolum vindicta publica, privati nihil intereſt. *L. prætor, 7. §. 1. D. de iniur.* Quo fit ut putem de periurio eius qui in litem iuravit, criminaliter, & extra ordinem quæri nec poſſe nec ſolere: confirmaturque id generali illa ſententia. *L. 2. C. de reb. cred.* iuriſiurandi contemptam religionem ſatis Deum ultorem habere: de qua ſatis dixi in titulo de iureiurando *ſupra lib. 24.* At cauſſa eſſe poteſt, ſi reus de damno privato laboret, quod amplius iuſta æſtimatione ſolvit, vel ſolvere recuſans, quod amplius exigitur. Proinde hoc caſu poteſt iuſiurandum retractari, nempe civiliter agendo, & de re privata & familiari. Et hoc quidem ita poteſt, dum ſic agatur, ut periurium [12] probetur inſtrumentis poſtea repertis, non etiam teſtibus: plane ut iuſiurandum illud, quod in dubiis cauſſis a iudice deferri ſolet, & neceſſarium vulgo nominatur: de quo eſt *L. admonendi, D. de iureiur.* idque a me illo titulo ſatis explicatum eſt: unde quod ad hanc rem pertinet in hoc in litem iureiurando illuſtrando, peti velim: eſt enim hoc illi perquam ſimile. Nam utrumque pariter a iudice defertur, & utrumque iudex ſententia ſua confirmat, dum ſecundum eum iudicat, qui iuravit. De inſtituenda hac retractatione hic quæritur, qua actione reus repetat, quod amplius vera æſtimatione ex periurio adverſarii condemnatus dederit. Nam cum ex cauſſa iudicati ſolverit, condicere ut indebitum non poteſt. *L. 1. C. de cond. indeb.* Et ceſſantibus aliis actionibus erit actio de dolo. *L. ſervus, §. ult. arg. in L. ſi quod deferente, D. de dol.* Quod ſi reus condemnatus nondum ſolvit id, in quo peieratum eſt: certi iuris eſt, cui re iam ſoluta damus actionem ad ſolutum repetendum, ei pecunia nondum ſoluta multo magis adverſus peteutem competere exceptionem. *L. invitus, §. 1. D. de regul. iur.* Ita igitur iuſiurandum in litem ex periurio interdum retractari poteſt. Sed apparet fere ex ſuperioribus, id de ſolo iureiurando in litem vere dici, quod ad veritatem æſtimandam, id eſt, quanti res eſt, interponitur: non etiam in illo in litem iureiurando locum habere, quo actor ultra rei pretium ſuo arbitrio atque ex affectu rem æſtimat, iure concedente: non poteſt enim hic dici peieraſſe, quantumvis verum pretium excedat, atque adeo iuret in immenſum; quod ſecus eſt in illo altero, quo res duntaxat quanti eſt, æſtimari permittitur. Quod etſi per ſe ipſum intelligitur, tamen id Paulus in ſuperiori illa definitione.

12) De probatione contraria contra iuſiurandum in litem, vid. Io. Bapt. Plot. *h. Tr. §. 48. n. 22. & ſeqq.* Vinc. Caroc. *Deciſ. 12.*

ne significat, cum addidit illa verba qui in litem iuravit ex necessitate iuris: iuris scilicet privati, quia ad ius actoris probandum ad hoc iusiurandum decurrendum fuerit: æstimatur enim res quæ post moram debitoris perit: ut iam æstimatio eius aliter probari facile non possit, quam iureiurando actoris; ut supra suo loco exposui.

X. Illud hoc loco animadvertendum, iusiurandum ipsum in litem, quodcunque sit, si periurium non habet, retractari non posse: si periurium habet, retractari posse, sed illud solum, quod de vera æstimatione est: atque id ipsum raro nec facile, ut docui. Quare Paulus non de iureiurando, sed de periurio dixit non facile quæri solere: Huc pertinet etiam illud, quod Iabolenus definit in *L. cum furti* 9. *D. h. tit.* ita hic oportere iurari, ut satis sit actorem dicere certam summam, quanti rem fuisse iurat, non autem habere necesse adiicere, *plurisve: quia*, inquit, *quæ res pluris est, utique tanti est*: significat his verbis, non esse metuendum in proposito, ne is qui iuravit rem valere viginti, videatur peierare, si res pluris valeat, puta viginti quinque, quia si valet viginti quinque, utique verum est eam & valere viginti: inest enim semper minor summa in maiore. *L.* 1. *§. si stipulanti, D. de verb. oblig.*

C A P. X I I.

De necessitate iurisiurandi in litem suscipiendi.

Necessitas iurandi potest esse aut ex iure publico, aut privato. I.

Ex iure publico *nullam esse iu litem iurandi necessitatem ostenditur.* II.

Ex iure privato *secus; & qualis ista necessitas.* III.

Locus Pauli in L. ult. D. de in lit. iur. *a nonnullis aliter explicatur, & eorum interpretatio revincitur.* IV.

I. HÆc necessitas duplex intelligi potest; publici iuris, & privati. Aut enim necesse habet actor in litem iurare, quia ius cogit eum suscipere iusiurandum, ut quanvis alioqui æstimatione vera contentus sit, & de ea probare malit testibus, aut instrumentis, quam iurare: tamen non audiatur, sed omnino iurare debeat, vel caussam amittere. Aut dicitur necesse habere habita ratione iuris sui privati; quia scilicet liceat quidem ei non iurare, & nihilominus vincere, si modo probet de æstimatione: sed quoniam facile probare non potest æstimationem rei non extantis, & tamen ad vincendum aut probare aut iurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur; ut cogatur iurare; alioqui res ei perierit.

II. Hoc intellecto nego ullam esse necessitatem priorem, iuris scilicet publici in iurando in litem; nego eum, cui iusiurandum in litem a iudice defertur, cogi iure id suscipere; sed huic liberum esse ita id recusare, ut si de æstimatione probare velit, nihilominus audiri, & re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit iusiurandum in litem. Quod & Bartolus recte sensit, & scripsit in 1 *L. ult. D. hoc tit.* Omne enim iusiurandum in litem, tam quod est de affectione iurantis, quam quod est de vera æstimatione, comparatum est actoris caussa: posterius quidem ad eum probatione sublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro suo arbitratu pretium rei suæ dicat, quod velit. Utrumque ita adversus reum, ut fit etiam adversus invitum, cui post iusiurandum nihil relinquitur, nisi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recusabit: cum liceat unicuique iuri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. si index D. de minor.* Non idem servatur in iureiurando, quod non est in litem, sed ab adversario defertur: quod nisi refertur, sine iusta caussa recusare non licet. *L. iusiurandum* & ad *§. ait*, & *§. datur. L. manifestæ, D. de iureiur.* Sed hoc contraria de caussa, quia & deferentis caussa defertur, eiusque interest id suscipi, ut citius & sine molestia atque omni sumptu a lite discedatur. At etiam iusiurandum illud necessarium iuriiurando in litem non dissimile, quod pariter defertur.

1) Quod & probatur *L. quod si possessor.* 71. *de R. V.* Borch. *h. Tr. C.* 3. *n.* 27. Io. Bapt. Ann. *Tr. de Exsec.* §. 3. *C.* 1. *n.* 16. quia iusiurandum hoc favore partis inductum & odio dolosi, cui renunciari potest.

tur a iudice, & invito adversario; illud, inquam, quod a iudice defertur in dubiis caussis, recusari non posse, antea suo loco diximus, idque expressum est in *C. ult. ext. de iureiur.* Sed & hoc a iureiurando in litem in eo, de quo nunc agitur, diversum est: defertur enim maxime iudicis, & adversarii alterius caussa. In dubiis enim caussis, id est ancipitibus, & in quibus pares sunt utrinque probationes, interest iudicis habere, quid sequatur, quod nisi iureiurando alterutri parti delato facile explicare non potest. Interest igitur eius, iusiurandum ab eo delatum non recusari; aut certe ex recusatione confessionis coniecturam capi oportet. Interest & adversarii, ne quid videlicet temere in caussa dubia adversus eum a iudice sine iureiurando statuatur. In iureiurando in litem contra nihil interest iudicis ab actore iurari; quia sive actor aliter probat semper iudici certum ex iure, quid hic sequi debeat: nam illo probante secundum eum iudicat. *L. negantes, C. de obl. & act.* non probante, reum absolvit. *L. qui accusare, C. de eden.* Adversarii interest multo minus, cum potius intersit eius non iurari, si actor nihil probet: quia tum reus absolvatur: actore autem non probante, reus metuere non possit, ne quid temere iudex hic statuat: cum tum maxime æquum sit, reum condemnari, cum non iureiurando, sed iustis probationibus convictus est. *d. L. negantes.* Et ideo, quod in *L. 4. §. D. h. tit.* scriptum est, adolescentem, *si velit*, iurare in litem posse; sic accipiendum est, ut ad omnes actores, quibus idem delatum est, pertineat, intelligaturque illam conditionem, *si velit*, esse conditionem propriam [2] iurisiurandi, non adolescentis.

III. Restat ergo, ut quod Paulus scribit in *d. L. ult. D.* h. tit. *ex necessitate iuris* iurari necessitatem alteram interpretemur; nempe privati iuris necessitatem, ut nisi actor iuret, æstimationem una cum re amittat, non quia de æstimatione probare volens, iure non audiatur, sed quia natura hic sit rei status, ut æstimationem facile probare non possit: quæ [3] necessitas, ut supra cap. proximo demonstratum est, ad posterius duntaxat genus iurisiurandi, quod de vera æstimatione est, pertinet.

IV. Scio esse, qui illa verba; *Eius qui ex necessitate in litem iuravit*, in definitione Pauli aliter interpretentur, id est, non pro specie una eorum qui iurant in litem, sed pro ratione definitionis subiectæ accipienda putent; ut sit sensus, ideo non facile quæri de periurio eius, qui in litem iuravit, quia ex necessitate iuris iuravit: sentientes necessitati, quam quis sibi non imposuerit, esse subveniendum, ut & subveniendum est. *L. si fideiussor, §. D. qui satisd. cog. L. 2. §. si quis tamen, D. si quis caut.* Idque dictum esse volunt ad discrimen eius, qui deferente adversario iurans peieravit, cuius quia in potestate fuit iusiurandum non suscipere referendo, ideo de eius periurio sentiunt facilius quæri posse: non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non potest. *L. admonendi, D. de iureiur.* sed criminaliter, & extra ordinem, ut puniatur: hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque periurii pœnam esse interpretantur, cuius fit mentio in *L. nam sufficit, D. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum illa nostra superiore, quod admittit retractationem solum periurii, idque solum in iureiurando eius, qui de vera æstimatione iurare debuit: nunquam autem in eo, qui arbitrio suo rem æstimavit; quia in illo tantum priore periurium est. Hoc discrepat, quod in eo qui delato de vera æstimatione iureiurando peieravit, retractationem civilem nullam agnoscit, extraordinariam admittit, & si non facile, aut etiam utramque tollit, contra quam supra ius esse diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio est. Nam primum nulla eiusmodi necessitas est suscipiendi in litem iurisiurandi, qualem isti intelligi volunt, ut supra hoc capite demonstravi. Deinde si qua esset: nunquam tamen eam necessitatem pro ratione propositæ a Paulo definitionis admittere deberemus. Paulus ait, non facile quæri solere de periurio eius, qui in litem iuravit. Inepta plane ratio est, si dicat eo fieri, quia ex necessitate iuris iuravit. Dici enim potest, excusandum esse actorem quod iuravit in litem; quia ex necessitate iuris iuravit. At profecto eadem necessitatis ratione dici non potest, excusandum esse eius periurium; quoniam nulla necessitate iuris peieravit. Iusiurandum

2) Consent. Borch. *d. C. 3. n.* 27. Oblic. At frustra *d. L. 4. pr.* de tutoribus ac curatoribus specialiter cavetur eos iurare non teneri, si nec quisquam alius cogitur. Resp. in illis ratio dubitandi specialis, cum si recusent iurare, tutelæ vel curæ iudicio de damno quod inde passus pupillus vel adolescens pulsari possint Borch. *d. C. 3. n.* 29.

3) Recte: Etsi A. Fab. 16. *Coniect* 17. *p.* 355. ita exponat quod res hæc non potestati & arbitrio iudicis, sed iuris necessitati subiecta sit. Quod refellitur *C. praced. N* 9. Confer. Plotus *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. ubi post Bartolum, & alios dici hoc posse necessarium non vere, sed caussative scribit.

dum enim ab eo exigebatur, non periurium. Quinimo in iureiurando exigendo hoc ipsum exactum est, ne peieraret. Religio, enim & fides ab eo exigebatur. Quamobrem si peieravit, fecit volens, non coactus; nec tantum volens, sed etiam improbe. Ut proinde non magis excusatione dignus sit in periurio, qui in litem iuravit, quam alius quivis, qui deferente adversario peieravit.

C A P. XIII.

Quo referatur quæstio; De eo quod interest: & quid in ea tota quæstione agatur.

C A P. XIV.

Quid valeat hoc verbum; quod interest.

C A P. XV.

Id quod interest, esse unius generis, non ut vulgo traditum est, triplex.

C A P. XVI.

Quæ sint de eo, quod interest, veterum & rei propriæ dubitationes, & de lege Iustiniani.

C A P. XVII.

Explicatur ea pars legis, quæ est de modo & taxatione eius quod interest. Qui sint casus certi.

C A P. XVIII.

Qui sint casus incerti.

CAP. XIX.

Subdifficilis quæstio explicata de venditione, locatione, & similibus; sitne in his casus certus, an incertus.

CAP. XX.

Dupli rationem in hac constitutione quam inire debemus.

CAP. XXI.

Quæ ratio Iustiniano huius discriminis casuum introducendi.

CAP. XXII.

Ut damni, sic lucri habendam rationem in eo quod interest.

CAP. XXIII.

Quod sit in constitutione damnum quod revera induci dicitur: quæ utilitas quæ circa rem consistat, quæ non consistat, & quid ex his præstandum.

CAP. XXIV.

Sitne aliquis modus pœnarum conventionalium, & quis sit.

Vide laudatam Epistolam.

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS SEPTIMUS.

Vide Epistolam ad lectorem sæpius laudatam.

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS OCTAVUS.
CAPUT I.

De confessis. Et ad hunc Tit. Digestor.

Vide Epistolam supra laudatam.

CAP. II.

Quæ sint remedia adversus eum, qui secus, quam oportere diximus, iudicavit.

Rerum nexus, & transitio ad pœnam iudicis improbi aut imperiti. I.
Sententia lata adversus leges ipso iure nulla. II.
Iniusta sententia appellationis remedio rescinditur. III.
Prodita actio adversus eum qui male iudicavit etsi per imperitiam, aut cum assessoribus imperitis, & quæ posterioris partis exceptio. IV.
Contrariis occurritur; & L. filiusfamilias, 15. D. de iudic. explicatur. V.
Facit & ille litem suam qui in iudicando aliquid dolo malo prætermisit. VI.

I. Quæ iudex in iudicando observare debeat, quæve sit iusta sententia, & eius sententiæ quanta sit vis, quique effectus, satis, opinor, duobus proxime præcedentibus libris demonstratum est. Sed frustra quid in sententia ius exigat, docuerimus, si iudice aliter iudicante, erit impune. Videamus ergo si imperitus, aut improbus iudex contra iudicabit, quæ sit pœna.

II. Et si aperte, ac nominatim contra leges & constitutiones sententiam dixit, nempe id exprimens fieri debere, quod leges vetant: veluti reum damnare se, quanvis actor nihil probaverit: eum de fructibus absolvere se, quanvis de re condemnaverit: aut eum damnare se in usuras usurarum: quæ omnia aperte sunt contra leges: hanc, inquam, si sententiam dixit, sententia nullius momenti est ipso iure, ita, ut nec appellatione sit opus. *L. 1. §. item cum contra, D. quæ sent. sine app. resc.* de quo scripsi plura ad *L. præses, D. de re iud.*

III. Sin aperte nihil dicit contra leges: tametsi forte iudicat perperam, & alteruutri

utri parti iniuriam facit, valet tamen sententia ipso iure nihilominus. *d. L. præses*. Sed in eo hæc sunt remedia. Sententia, si iniusta est, potest appellatione retractari. Quod ut possit constare, an iniusta sit nec ne, omnibus proditum est remedium appellationis *L. 1. D. de appell.* Hoc prætermisso sententiæ standum est, *L. cum prolatis, D. de re iud.* Sed & tum victo alio modo succurrum est.

IV. Actio enim prodita est ei adversus iudicem, qui litem suam facit: id est: qui male iudicavit; ut quantum de ea re æquum religioni iudicantis visum fuerit, in tantam pecuniam damnetur [1] *L. ult. D. de extra cognit. tit. de obligat. quæ ex quas. del. nasc.* in princ. *L. 4. §. si iudex, D. de obl. & act.* In quo non doli tantum nomine: sed etiam culpæ, & imperitiæ teneri eum certum est. *d. L. ult. de extr. cog.* Quorum tamen posterius quidem in iudice privato tantum recipiendum putant: ordinarium, qui assessores habeat, venia dignum esse, si secutus sit iudicium assessorum; moti exemplo magistratus, qui ius novum statuit de assessorum sententia. Nam hunc Paulus edicto prætoris de iis, qui ius novum statuerunt, non teneri ait, sed assessores. *L. 2. D. quod quisq. iur.* Mihi exemplum congruere non videtur. Ideo enim ait ille non teneri magistratum, quem modo dixi, quia eo edicto dolus ius dicentis puniatur: constat autem nihil dolo facere eum, qui de sententia assessorum quid iudicat. Fingamus igitur propositam fuisse actionem eo edicto in omnes, qui quid novi iuris statuissent, vel Paulus ipse significat futurum fuisse, ut teneretur, qui de sententia assessorum id fecisset. Quapropter cum constituta sit actio adversus iudicem, qui male iudicavit, etiam si iudicarit per imperitiam: non debet ab hac pœna immunis esse, qui cum assessoribus imperitis & ipse imperite iudicavit, nisi sicubi ita ius sit ut magistratus cogatur [2] sequi plurimorum assessorum sententias. Nullum enim delictum eius est, qui iuri publico obsequitur.

V. Sed cum constituerimus, idque ipsum aperte illi loci exprimant, quos de hac actione supra indicavi, litem suam facere eum iudicem, non modo qui dolo malo, sed etiam qui per imperitiam iudicavit: quid dicemus sibi velle Ulpianum in *L. si filiusfamilias D. de iud.* qui ita definiat: *iudicem tunc litem suam facere* intelligi, *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo* videri *hoc facere, si evidens arguatur eius gratia, vel inimicitia, vel sordes?* Non dubitem his verbis, eum contrarium dicere, nisi quid sentiat sequentibus verbis declararet. Nunc autem temperamentum adiicit, in quo velit superiorem definitionem habere locum. Subiicit enim continenter hæc verba; *ut veram litis æstimationem sufferre cogatur.* Ex quibus apparet, hoc eum sentire, quod ante dictum erat, id totum accipiendum esse hac conditione, siquidem id agatur, ut cogatur iudex veram æstimationem sufferre. Unde intelligemus Ulpianum velle demonstrare eo loco, non tam quis litem suam faciat, quam illud, quatenus æquum sit damnari eum, qui litem suam fecerit. Et dum eum demum in solidum teneri ait, qui dolo malo dixit sententiam; significat non ita eum teneri æquum esse, si per imperitiam male iudicarit. Quatenus igitur hic eum teneri æquum est? Nam hoc incertum relictum est illis locis, quos supra citavi de hac actione. Et potest hoc æstimari ex eo, quod Ulpianus in *ead. L. si filiusfamilias* in princ. scribit in hæc verba: *si filiusfamilias index litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.* Innuit filiumfamilias iudicem, quantum in bonis, & quasi patrimonio tunc habuit, cum iudicavit, eatenus teneri. Nam peculium quasi patrimonium quoddam est filiifamilias *§. actiones autem de peculio, Inst. de action.* hinc colligi potest idem probandum esse & in patrefamilias. Constat enim filiosfamilias ex omnibus caussis non aliter teneri, quam patremfamilias *L. filiusfamilias D. de oblig. & act. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Itaque cum subiicit eum, qui dolo malo litem suam fecit, teneri in veram æstimatio-

1) Add. *tit. Cod. de pœn. iud. qui male iudic. L. 12. Cod. de dignit. Nov. 8. & 17. Nov. 24. Nov. 25. Cap. 3. Nov. 124. C. 2. pr. &c.* L. 12. tabb. pecuniam accepisse convictum capite puniebat, Agell. 20. *Noct.* 1. vid. Marcil. *in L. 12. tab. collect. C.* 10. Libro legis Boiorariorum C. 3. *Tit.* 4. Qui corruptus nummis falso iudicavit, duplum damni cogitur exsolvere, & fiscu insuper 40. solidos persolvere. De pœna iudicum pluribus Mathesilan. *ad d. tit. Cod.* Menoch. *Arb. Cap.* 339. *& seqq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 37. Oldend. *Cl. 7. Act.* 13. *& ultim.* Iac. Omphal. *Lib. 6. de Usurpat. legum. Cap.* 21. Bargal. *Lib. 3. de Dolo C. 9.* Myns. *Decad. 9. Resp.* 90. Pollet. 5. *Hist. fori* 9. & Broidæ. *in Supplem. Cap. seq.* Rulant. *de Commiss. P. 1. Lib. 6. Cap.* 7.

2) Quid si male ex consilio Sapientis iudicavit; Litem suam non facit, Schnrf. *Cent. 1. Cons.* 29. Quod apud nos merito obtinet, licet Scala *Lib. 4. de Cons. Sap. C.* 26. distinguat, an ultro id requisiverit, ubi contrasentit, an ad partium voluntatem. Quando autem ipse consultor litem suam faciat, vid. idem *Lib. 4. Cap.* 23.

Digitized by Google

tionem, intelligere debemus, non patremfamilias a filiofamilias distingui, quasi in posteriore parte agat de patrefamilias tantum; quia in priore dixerat de filiofamilias, sed 3 distingui eum, qui culpa litem suam fecit, ab eo, qui eam fecit suam dolo malo: quia cum in posteriore agatur de eo, qui dolo malo iudicavit (in quo non recte distinguitur filiusfamilias a patrefamilias) necesse sit priorem partem accipi de eo, qui male iudicavit per imperitiam, sive is erit paterfamilias, sive filiusfamilias.

VI. Pertinet autem ad superiorem definitionem Ulpiani intelligi illud Papiniani ex *L. non quidquid, D. de iud.* Iudex si quid adversus legis præceptum in iudicando dolo malo prætermiserit, legem offendit: hoc enim dicto declaratur, non tantum eum dolo malo facere litem suam, atque ita in solidum teneri, qui consulto quid statuerit secus, quam ius erat: sed etiam, qui dolo malo prætermiserit, quod facere iure publico iubebatur. Propone iudicem non condemnasse victum victori in expensas litis. In qua specie nominatim Iustinianus constituit iudicem de suo quidquid damni ex ea re erit, sarcire debere. *L. properandum, §. fine autem, C. de iud.*

3) Confer *supra Lib.* 15. *Cap.* 28. *n.* 9. Cuiac. 13. *Obs.* 18. Pac. 3. *Enant.* *Q.* 23. Quam culpam præstent iudices & magistratus, vid. Delrio *ad L. contractus*, 23. *de R. I. Cap.* 18.

C A P. III.

Quo ritu, quibusque solemnibus observatis sententia ferenda sit.

Transitio ad solemnia ferendæ sententiæ; & quæ sint. I.
Primo *sententia ferri debet utroque litigatore præsente; aut etiam altero absente post trinam eius vocationem.* II.
Evocatur quis tribus edictis: quid illa sint: impetratur postea peremtorium: hoc quid sit. III.
Solemnis trinum edictorum numerus interdum non servatur; & quibus in caussis. IV.
Quando peremtorium edictum sit, vel non sit necessarium. V.
Reus contumax, si die cognitionis adsit, auditur, & quatenus: absens & citatus damnabitur, aut erit etiam in bona caussa victor. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Actore absente, si modo hoc reo placuerit, circumducetur edictum; quid hoc sit. VIII.
Alias vero idem fere hic iuris servari adversus actorem quod contra reum. IX.
Secundo. *Sententia recitanda* ex breviculo. *Improbatur communis lectio:* ex periculo. X.
Tertio: *De ea lingua qua proferenda sententia quo in loco auctor. Quæstionis occasio.* XI.
Quarto: *Ferenda sententia in loco publico, & solito.* Quinto *in tempore non feriato.* XII.

I. QUoniam pertinet ad officium iudicis in sententia ferenda, ut proposui, supra libro 26. c. 2. non solum qualem sententiam ferat: sed etiam quomodo: & in genere sententiæ quid illi sequendum sit, dictum est: reliquum est, in ritu eius ferendæ quid ius postulet, cognoscamus: tot sunt autem solemnia, quæ in eo exigantur: ut feratur sententia præsentibus iis, quos caussa contingit, aut his saltem legitime evocatis: ut ex scripto recitetur: ut usitata lingua; tunc ut feratur idoneo loco, & tempore. Ex quibus priora tria sententiæ sunt propria; duo posteriora, locum dico, & tempus, ad omnem iudicis cognitionem pertinent: sed maxime tamen ad sententiam. Non enim pronunciare tantum; sed etiam in alia quavis parte iudicii, quæ caussæ cognitionem desiderat, sedere debet & idoneo loco, & idoneo tempore, sed tum præcipue, cum de re pronunciat. Omnia ad vim sententiæ eius generis, ut sine his sententia nos non teneat. De quibus videamus.

II. Et de præsentia litigatorum ius sic habet: de unoquoque negotio præsentibus iis, ad quos res pertinet, quandiu eorum facultas esse potest, iudicari oportere. *L. de*

de unoquoque D. de re iud. Utroque [1] absente, quanvis legitime vocato, non licere: ut indicat Titulus codicis, *Quomodo, & quando iudex sententiam proferre debeat præsentibus partibus, vel una parte absente:* absente altero possit iudicare: sed ita, si is prius legitimis edictis evocatus ordine edictorum peracto copiam sui non fecerit. *L. ea quæ, C. quo. & quan. iud. L. si prætor*, in princ. *D. de iud.* Quod quomodo conveniat cum *d. L. de unoquoque* ibi dixi.

III. Ea sunt edicta de quibus legimus in *L. ad peremtorium*, & *LL. seqq. D. de iud.* Edictum hoc vocamus denunciationem magistratus, per quam litigatori, ut adsit, iubet. *d. L. si prætor, D. de ind.* Edicere enim iubere est hinc factum, ut denunciationes dicantur eadem significatione. *d. L. ea quæ. L. tres denunciationes, C. quo. & quan. iud.* Quas easdem quoniam literis complectitur magistratus, literas dixerunt: & literis evocari, qui edictis evocatur. *L. contumacia, D. de re ind.* In hac re si legitimum numerum quærimus, tria edicta requiruntur, quæ proponuntur per intervallum non minus decem dierum, [2] quibus propositis impetratur id, quod appellatur peremtorium, quod inde hoc nomen sumsit, quod perimat disceptationem: hoc est, ultra non patiatur adversarium tergiversari. In peremptorio enim comminatur is, qui dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se & pronunciaturum. Hæc ex Ulpiano in *d. L. ad peremtorium*, & tribus seqq.

IV. Sed ita legitimus hic est, & solemnis numerus edictorum, ut si res exigat, liceat iudici hunc numerum minuere. *Nonnumquam*, inquit idem Ulpianus de peremptorio loquens, *hoc edictum post tot numero edicta, quæ præcesserunt, datur: nonnunquam post unum, vel alterum: nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem æstimare oportet eum, qui ius dicit, pro conditione caussæ, vel personæ, vel temporis; & ita ordinem edictorum, aut compendium moderari.* Hæc Ulpianus in *L. nonnunquam, D. de iud.* Quod dicit de conditione caussæ, personæ, temporis, eiusmodi est. Non utetur prætor tot edictis in caussa, quæ facile dilationem non patiatur: quod genus est, si de alimentis, si de tutore constituendo agatur, & similibus, de quibus in *L. 2. D. de feriis*. Non utetur, adversus eum actorem, qui sit tenuis homo, & pauper, qui exempli gratia, de mercede sibi debita agit; non utetur eo tempore cum periculum esse videbitur, ne res incidat in ferias messium, aut vindemiarum. Quæ omnia significantur in *L. 1. in fin. eod. & d. L. 2. D. de feriis.*

V. Et quoniam peremptorium tribus edictis propositis subiicimus, an semper id intervenire oporteat, dubitari potest. Frustra Ulpianus tractare videtur, quomodo ad peremptorium perveniatur, nisi id sit necessarium. Rursum in *L. 2. Cod. quom. & quand. iud.* scriptum est, *cessante quoque caussa peremptorii edicti adversus eos, qui admoniti adesse noluerunt, sententiam a iudice ferri posse.* Et res ita habet, ut interdum [3] sit necessarium, interdum non sit. Sic enim scriptum est in *L. tres denunciationes, Cod. quom. & quand.* ind. *Tres denunciationes ad peremptorii edicti vicem adversus contumaces convalescere.* Est autem contumax, qui coram admonitus copiam sui facere contemnit. *L. contumacia, D. de re iudic.* Hinc licet colligere, sive tres denunciationes non intervenerint, sive intervenerint quidem, sed adversus absentem, & eum cui coram denunciatum non sit: toties peremptorio opus esse, alias non esse.

VI. Hoc ordine peracto adversus reum, si quidem is aderit, cognitionis die, audietur ille quidem: sed ea lege, quæ constituta est a Iustiniano adversus omnes, qui quavis in parte iudicii iussi adesse primo contemserint; deinde apparent; ut prius omnia [4] damna iubeatur sarcire adversario, quæ ob frustrationem eius contigerunt. *L. sancimus, Cod. de iudic.* Si ne sic quidem ille venerit, citabitur absens, id est, appellabitur nominatim, & inclamabitur: ita, ut sive responderit, sive non responderit, agatur caussa, & pronuncietur; non utique secundum præsentem:

1) Quin etsi cœperit iudex sententiam præsentibus partibus legere, si inter legendum se absentent, eam non valere, post Bal. Io. Ausbach. *Sing. all. Lib. 1. C.* 30. Præsens autem quis dicatur, vid. Tiraq. *post LL. Connub. gl. 6, n.* 30. *& seqq.* & quando sententia lata præsumatur contra præsentem vel absentem, Menoch. 2. *Præsumpt.* 69. *& seq.* add. *supra Lib.* 27. *C.* 6. *N.* 5. *ibique not.*

2) Quod Theod. Marc. *in L.* 12. *tab. collectis & interpretam. C.* 6. originem habere putat ex veteri lege 12. tabularum: QUI TESTIMONIUM DEFUGERIT, IS TERTIIS DIEBUS (id est trinundino, ter intra dies 27. & ita desertor testimonii post trinam denunciationem recusavit) OB PORTUM OBVAGULATUM ITO, &c. De citatione peremptoria vid. citatos *supra in not. Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 4.

3) Peremptorium edictum quando requiratur, vel non, vid. Sig. Scaccia. *Lib.* 1. *de iudic. caus. civ. crim. & heretical.* 1. 91. *n.* 25. *& seq.* & citatos *supra in not. Lib.* 23. *Cap.* 11. *N.* 4.

4) Contumax non auditur, nisi refusis expensis, vid. *not. supra Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 20.

tem: sed interdum vel absens, si bonam caussam habeat, vincet. Hoc in *L. & post, D. de iudic.*

VII. Cui non est contrarium illud ex *L. contumacia, D. de re iudic.* contumaciam eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coerceri. Ut enim illic docuimus, id ita interpretandum est, cum ii, qui non obtemperant, damnati sunt, non cum sunt absoluti. Vel si malumus hoc modo: ut intelligamus contumaciam eorum litis damno coerceri: nempe si iudex [5] velit: quod efficiet eos damnando. Non enim semper compellitur adversus absentem pronunciare. *L. 1. C. quo. & quan. iud.* hoc autem eodem redit. Porro contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur, cum damnati sunt a iudice: quia cum cæteris iniuste damnatis paratum sit remedium appellationis, quo efficitur, ne iniusta sententia illis noceat; hoc de contumacibus [6] constitutum est, ex peremptorio absentem damnatum, si per contumaciam absuerit, appellantem non audiri. *d. L. & post, §. ult. L. si prætor, D. de iudic.* Quod ius a nobis expositum est diligentius ad *d. L. contumacia*. Sed tamen est eiusmodi, ut cum ostendat absentiæ contumacis pœnam: magnopere intersit litigatorum, eos de eo iure hoc loco admoneri, ne quis edicta magistratus in hac re facile contemnat; dum falso putat, si adversus se iudicatum sit, appellationi locum superesse: hæc de absente reo dicta sunt.

VIII. Quod si actor, quo postulante edictum peremptorium impetratum erat, absit cognitionis die, cum reus venerit: de eo sic Ulpianus scribit in *d. L. & post, de iudic.*: *circumducendum erit edictum peremptorium, neque caussa cognoscetur, neque secundum præsentem pronunciabitur. Circumducto edicto videamus, an amplius reus conveniri possit: an vero salva quidem lis sit, verum instantia tantum edicti perierit: & magis est, ut instantia tantum perierit: ex integro autem litigari possit.* Circumducendum edictum dicit ut sit, [7] delendum, & obliterandum: id est perinde habendum quasi nec impetratum esset: denique reum ab observatione iudicii absolvendum, ut Iustinianus loquitur in *L. properandum, §. & si quidem, Cod. de iudic.* Circumducere enim, delere est, idemque valet, quod inducere. Instantiam autem litis vocat ille ea omnia, quæ fiunt in lite ab actore, vel reo, quibus instent, ut lis ad exitum perducatur. Hac ratione Marcianus in *L. mora, D. de usur.* instantiam vocat interpellationem creditoris: quia hac interpellatione, instat creditor reo, ut reus solvat. Sed circumducetur edictum, si reus ita postulet.

IX. Quid si ultro actorem absentem provocet, & rem cognosci velit? Idem servabimus adversus actorem, quod adversus reum absentem diximus. Primum idem ordo edictorum ad eum evocandum. Tum si abierit, res eodem modo cognoscetur, & iudicabitur: ut actor vincat etiam, si meliorem caussam habeat. Postremo si reus absolutus erit, actor qui per contumaciam absuerit, si appellet, non audietur. *L. properandum, §. & si quidem, C. de iud.* Propria hic actoris, absentis pœna constituta est, ut quanvis ipse vicerit; rem tamen petitam duntaxat ferat, reus in expensas litis non damnetur: auctor Iustinianus *in d. L. properandum, §. & si quidem*.

X. Dixi in proferenda sententia illud secundum spectari, ut de scripto recitetur. Extant in hanc sententiam constitutiones tres sub Titulo *C. de sententiis ex breviculo recitandis*. Ex quibus ea quæ secundo loco posita est, rem hanc definit apertius his verbis: *ut iudices non subito, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment, & emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant; scriptas ex libello partibus legant. Sed nec sit eis*

post-

5) Ita & Don. *ad L. 53. de re iud.* & ibi citatos in not. Sed Duar. *ad. d. L. 53.* hanc contumacis pœnam refert ad edictum de eo, qui ius dicenti non obtemperavit. Ut ia demum hac pœna plectatur, qui in contumacia adeo perseveravit, ut quod extremum est in iurisdictione non fecerit. Atque ita non cuiusvis iudicis sententia hanc pœnam infligi posse sentit, sed solum a ius dicente, id est, Prætore. Confer. Scip. Gentil. 1. *de Iurisd.* 8. *pag.* 130. Blarer. *in L. diffamari. C. 2. n.* 23. Enimvero quod *d. L. 1. C. Quom. & quand. iud.* habetur, posse iudicem adversus contumacem dare sententiam, non compelli, neutiquam ita exaudiendum videtur, ac si iudex, etsi absentis contumacis caussam meliorem esse perspexerit, condemnare eum tamen ob id solum, quia contumax, possit, si velit. Cæterum si aliud iudici videatur, quod absolvere queat. Hac quippe ratione iudex gratificari alteri posset, & *προσωποληψία* locum inveniret, quod exemplo pessimum est admittere. Sed vocula *posse d. L. 1.* non absolutum arbitrium, sed iuri adstrictum denotat per not. *supra Lib. 26. Cap. 11. N. 11.* Nam *d. L. 73. de iud.* dicit si bonam caussam habuit, vincere. Et ita iudicari debet, nec aliter potest, si de ea iustitia caussæ iudici liqueat. Sicuti recte DD. vulgo ob solam contumaciam, actore non probante, caussa non cadere reum, Menoch. *Arb. Cap* 280. *n.* 4. Gail. 1 *Obs.* 60. *n.* 8. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 32.

6) Vid. *infra Cap. 6. N. 9.*

7) Vid. P. Frider. *Lib. 2. de Mandat. iudic. C* 20. Meland. Conan. Canier. *Parte 2. Membro* 6. De pœna actoris contumacis vid. quoque *Nov.* 112. *C.* 3. Damhuder. *Praxi Civ. Cap.* 77. Myns. 4. *Obs.* 65. Scaccia *Lib. 1. de Iud. Cap.* 93.

Digitized by Google

poſthac copia corrigendi, vel mutandi. Excipit ea conſtitutio illuſtres iudices, quibus hoc concedit, ut liceat eis per [8] officium ſuum ſententias definitivas recitare. Hoc ſcriptum ea conſtitutio libellum vocat; ut non ſit improbabile ſic inſcriptionem legendam eſſe; *De ſententiis ex breviculo recitandis.* Eſt enim conſentaneum, *breviculum* brevem chartam a Iuſtiniano nominari. Alii [9] *periculum*, malunt. Scimus, quid Latinis ſignificet periculum. Ego quid periculum cum libello, aut libelli recitatione commune habeat, me neſcire fateor.

XI. Qua lingua ſententia proferri oporteat, ſcripſi ad *L. decreta, D. de iudic,* Quod quærendum eſt propter duo loca de hac re in ſpeciem pugnantia. *d. L. decreta*, & *L. iudices, C. de ſent. & interl.*

XII. Locum in quo iudicetur [10] publicum eſſe volumus, & eum in quo more, & conſuetudine publica ius dici ſoleat; aliter nec iudicatum valet. *L. cum ſententiam, C. de ſent. & int. L. penul. D. de iuſti. & iur.* Quod ſi plura eiuſmodi loca in eo territorio fuerint, neque iudici dato certus locus conſtitutus ſit: iubetur iudex eo loco iudicare, quo ſolet iudicari ſine incommodo litigantium. *L. ſi locus D. de iud.* In tempore omnes [11] dies iuridici præter feriatos habendi

8) Quomodo & in ſuprema Imperii Curia per Protonotarium præſente vel Prætore ſupremo vel Præſidum altero, & una Senatorum parte dimidia ſententiam recitari audivimus. Olim nec hoc licuiſſe videtur. Apulei. 1. *Floridior. Ipſe Proconſul*, ait, *moderata voce, tacenter & ſedens loquitur, & plerumque de tabella legit. Quippe Præconis vox garrula miniſterium eſt, Proconſulis autem tabella ſententia eſt.* De quo more & neceſſitate recitandi ex libello vid. Ræv. Broidæ. & omnino Langlæ. *locis ante citatis.* Matheſilan. *ad d. Tit. Cod. de Sent. ex peric.* Corſet. *Sing.* 323. Rulant. *de Commiſſar. P. 1. Lib. 5. C. 12.* Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de Sentent. Reſol.* 2. Novella Leonis 45. inſuper requirit, ut iudex ſua manu obſignet, ne ſi temere iudicatum ſit, poſtea ſententiam ſuam inficiari queat. Et proditum a Maranta *Tit. de Sentent. n.* 13. & Pace Scala *Lib. 3. de Conſil. Sapient. C. ult.* quod iudex conſilium Prudentum manu ſua ſubſcribere debeat ita: Pronuncio, &c. ut in ſuprascripta conſultatione, ne oriatur dubium, an ſententia ex ſcripto lata ſit. Quod tamen apud nos non verendum. Sed & iſtius iuris exceptiones tenendæ ſunt. (1) in litibus brevibus vilium perſonarum vel cauſſarum, *Nov. 17. Cap. 3. Nov. 28. Cap. 3. auth. niſi breves, C. d. t.* & ubi ſportularum exactio nulla: Non autem in quibuſvis ſummariis, *Clem. ſæpe 2. §. ſententia, de V. S.* Maranta *Tit. de Sentent. n.* 17. Vant. *de Nullit. ex defect. Proceſſ. n.* 70. (2) in cauſſis Clericorum coram Epiſcopo, *Nov. 83. præfat. pr.* (3) Et ſcholarium fortiſſim, de quibus *L. ult. §. ult. Cod. de Privil. Scholar. Lib.* 12. *tit.* 30. (4) in ſententia Principis. Exempla *L. pen. de his quæ in teſt. del. L. 3. Cod. de Q. Q. L. 6. Cod. de uſuc. pro empt.* Cuiac. 18. *Obſ.* 33. Chaſſanæ. *Catal. gloriæ mundi P. 5. Conſid.* 24. *n.* 73. Aſin. *de Exſec. §. 5. Cap.* 40. *n.* 2. Num & iudicis qui arbitrium in cauſſa habet? vid. Menoch. 1. *Arb. Q.* 60. (5) in interlocutoria, Trentacinq. *d. Reſ.* 2. *n.* 7. (6) Ex conſenſu partium, Corſet. *Sing.* 323. Et fac. *d. L. ult. §. ult. Cod. de priv. ſchol* Quod tamen Trentacinq. *d. Reſol.* 2. *n.* 5. *&* 6. in cauſſa ſolum modica admittit, & Vant. *d. loc. n.* 73. (7) Si contraria conſuetudo ſit, quæ valet, Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 2. *n.* 75. Sicuti & Iure Saxon. *Lib.* 3. *Art.* 78. ſcriptura non neceſſaria poſt Konig *Proceſſ. Cap.* 102. *n.* 17. Sneidvin. *in §. curare.* 32. *Inſt. de act. n.* 6. Reinh. *Diff. iur. civ. & Sax.* 35. *P.* 4. In curiis tamen Saxonicis per actuarium, ſeu Protonotarium recitari ſolet. Sedere quoque iudices moris fuit, ſicuti Advocatos ſtare. Unde conſeſſus iudicum, & ius ſedendi, *L. quiſque 6. in fin. C. de poſtul. Nov. 82. Cap. 3. initio.* Indeque arguunt a ſtante iudice ſententiam ferri non poſſe, Trentacinque & ab eo citati *d. Reſol.* 2. *n.* 7. vid. Pollet. 1. *Hiſt. fori.* 5. *pag* 37. *& Cap.* 7. *pag.* 49. qui rationem reddit. (1) quod animus ſedendo magis ſapiat. Sicuti Tranio apud Plaut. *Moſtella Act.* 5. *Sc.* 1.

. . . . *nimio plus ſapio ſedens.*

cum natura nulla moleſtia impedita conſtantius in rem propoſitam ſeſe intendat. (2) quod auctoritas magiſtratus ita magis conſpicua. Men. *Arb. Quæſt.* 61. eo innui putat, quod ſedate & re accurate perpenſa iudicandum. Cæterum ſolemnitatem levem ſtatuit, quæ facile remittatur. Conſ. Lang. 1. *Sem.* 3.

9) *Breviculo* ſane habet editio Haloandri ut & Pariſienſis de anno 1526. Quæ lectio arridet Alcia. 10. *Diſpunct.* 21. Rainal. Corſ. *Indag.* 8 Perrenon. 2. *Animadv. & Var. Lect.* 17. cum *brevis* ſignificet chartulam, *L. ult. C. de convent. fiſci debit. Lib.* 10. *Cap.* 2. Confer. Mercer. 2. *Opin.* 17. Editiones Baudozæ & Ruſſardi habent *ex libello*, ſed hic in notis marginalibus teſtatur in omnibus MSS. haberi *periculo*. Et ſane eam voculam in omnibus, quos inſpexi, manu exaratis libris conſtanter reperi Unde eam recte, opinor, tuentur, Cuiac. 5. *Obſ.* 25. *in fin. & in Par. C. d. tit. de ſent. ex peric.* Rævar. *Protribun. C. ult.* Phil. Broidæ. *in Supplem. Hiſt. fori Pelletti Lib. 5. Cap.* 15. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 24. *pag.* 360. Langlæ. 5. *Semeſt* 5. *pag.* 244. (licet ipſe diſſentire videatur eod *Cap. pag.* 239.) Bernard. Autum. *not. ad Langle. d. Cap.* 5 Nam pari modo concepta non ſolum rubrica *Cod. Theod. Lib.* 4. *tit.* 17. Sed. & *L. 2. eod. tit.* habetur, ſententiam *ex periculo* promi debere. Periculum itaque hic tabellam, ſeu libellum ſignificat, ut promere ex periculo ſit, de ſcripto eloqui ac recitare, Langlæ *d. lo.* Quomodo Æmilii Prob. *in Epaminonda*, a Thebanis Epaminondam petuiſſe, ut periculo ſuo inſcriberent, & Cic. *in Frumentaria* pericula Magiſtratuum vocat. Tametſi Perrenon. *d. loc* columnam, ſeu ſtatuam in foro poſitam, quibus magiſtratuum nomina inſcripta, illic denotari exiſtimet. Et Hot. 3. *Obſ.* 20. diſcrimen, quod ea periculoſo iudicii eventu accidere poteſt, interpretetur. Qui ſane in eo recte Cuiacium reiecit, quod is *ex periculo* exponit quaſi per indicem, cum utique ſententiæ non ſummatim, ſed integræ recitari debeant. Sed & quod Feſtus ait *Lib.* 14. Catonem poſuiſſe in Oratione *Periculatus ſum*, Rævar. *d. loc.* accipit pro eo, quod eſt: libello complexus ſum, etſi vulgo exponatur, periculum ſubii, Perott. *Cornucop. in* 41. *Martial. Epigramma.* Atque ita voculam *periculo* idem Rævardus exponit in *L. 20. pr. Quod vi aut clam.*

10) Vid. Matheſilan. *ad d. L. 6, de ſent.* Weſ. *ad Rub. Cod. de ord. iudic. n.* 24. *& Conſ.* 43. *n.* 44. *& 2. ſeqq. & n.* 59. *& ſeqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 64. Coler. *Deciſ.* 206. Maranta *P. 6. tit. de ſentent. n.* 72. *& ſeq.* Horat. Carpen. *Statut. Mediol. Vol. 1. Cap.* 31. Poll. 1. *Hiſt. fori* 2. 3. *&* 4. P. Greg. 2. *de Rep.* 6.

11) Iudicari quoque poteſt, tum mane, tum meridie & veſpere, *Nov. 82. Cap.* 3. ſcilicet uſque ad occaſum Solis. Quomodo in L. 12. tab. SOLE OCCASO DIEI SUPREMA TEMPESTAS ESTO, *Agell.* 17. *Noct.* 2. Neque enim noctu iudicia exerceri aut ſententias ferri poſſe obtinuit, per *L. 2. §. 31. de O. I. Cap. conſuluit. de offic. deleg.* vid. Marcil. *in L. 12. tab. collect. Cap* 8. Scip. Gentil. 2. *de Iuriſd.* 29. *pag.* 317. Menoch. 1. *Arb. Q.* 62. Ioſeph. Cumia *Practica Syndicatus Cap.* 17. *n.* 43 Vant. *de Nullit. ex defect. iuriſdict. ordinar. n.* 133. Weſ. *ad titul. Cod. de ord. iud. n.* 25. Maranta *hoc tit. n.* 92. ſuſe Polydor. Ripa. *de Nocturno tempore, Cap.* 134. Lancell. Conrad. *de Off. Prat. in cauſſ. civil. v. Sententia n.* 41. Confer. Ræv. *ad LL. 12. tab. Cap.* 7. Goed. *ad L. 2. §. 1. de V. S.* Niſi conſenſus partium accedat, vel contra ſe habeat conſuetudo, Menoch. Vant. & Mar. *dd. LL.* Polyd. Ripa *dict. Cap.* 134. *n.* 30. *& n.* 45. & Lancell. Conr. *d. n.* 41. ex quibus plures exceptiones pete, Areopagitæ noctu iudicarunt, vid. *ſupra Lib. 17. Cap. 24. N.* 14.

Digitized by Google

bendi sunt. Per ferias si quid iudicatum sit, nemo iudicatum facere cogitur. *L.* 1. *D. de feriis*. *L. si ut proponis*, *C. quom. & quand. iud.* de hoc iure supra a me dictum est, lib. XXIV. cap. 7.

DE APPELLATIONIBUS.

CAP. IV.

Cur prodita sit appellatio: Quid sit: Et quibus capitibus contineatur quæstio de appellationibus.

Transitio ad appellationem: qui finis appellationis I.
Appellatio quid sit, & de locutione, seu de significatione eius & Coniugatorum II.
Tractandarum rerum methodus & partitio III.

I. Rebus rite iudicatis standum esse non semel diximus ad titulum *de re iudicata*. *D.* sed hac conditione, si appellatum non sit. *L. eum prolatis*. *D. de re iud.* Nempe ita ius est, ut post rem iudicatam, nisi quid aliud impediat superfit victo remedium appellationis: quo efficitur ut [1] suspendatur & quodammodo extinguatur iudicatum. *L. & in maioribus C. de app. L.* 1. *§. ult. D. ad. Turpil.* de eo remedio reliquum est ad absolutionem iudicii, & iuris nostri prosecutionem, ut nunc dicatur.

II. Appellare autem est superiorem iudicem appellare, qui de eadem re amplius cognoscat, & iudicet, ac prius sive decretum sive pronunciatum sententia sua corrigat, & in melius reformet, ut colligere licet ex *L.* 1. in pr. *D. de appell.* Hoc idem provocare dicitur. *L. præses*, *D. de re iudic. L.* 3. *§. ult. L. illud*, *D. de appell. L. eos tota*, *C. de accusat.* legendo passim occurrit in hoc argumento. Unde illa: [2] Auxilium appellationis: auxilium seu remedium provocationis, pro eodem. *L. servi*, *D. de appell. L. hi qui*, *C. eod. L.* 1. *§. si quis ante*, *D. a quib. app. non licet*, *L. si actor*, *C. de app. d. L.* 1. in fin. *D. ad Turp.* Estque in eo hic usus loquendi, ut quemadmodum dicitur appellari iudex, non appellari ad iudicem: ita dicatur iudex seu magistratus provocari, non provocari ad iudicem *L.* 1. *§. pen. L. Imperatores*, *§.* 1. *D. de appell. L.* 1. *D. quis a quo appell. L. ei cuius*, *D. de app. recip.* Quanquam & appellare ad Principem vel ad præsidem interdum legimus: sed hoc rarius: ut in *L. si qui*, *§.* 1. *D. de app. L.* 5. *C. eod.* De hoc inquam, seu auxilio seu remedio quærimus.

III. Et quoniam appellatione, ut dixi, id agitur, ut quod ante adversus nos statutum est, superioris iudicis sententia rescindatur, itaque efficiatur, ne nos teneat: hoc quærendum est, quomodo appellatione ad id perveniamus. Sic vero perveniri potest, si quibus in caussis appellare necesse est, ibi appellatio ante omnia iure

1) Suspendi dicitur *L.* 32. *Cod. C. cum inter* 13. *extr. h. tit. L.* 5. *C. Quor. appell. non recip. L.* 32. *C. de transl. L. ult. Cod. sent. rescindi*. Exstingui autem *d. L.* 1. *§. ult. ad SC. Turpil.* & fac. *L.* 2. *§. ult. de pen. L.* 6. *§.* 1. *de his qui not. inf.* Quibus cum haud probe convenire videatur: vulgaris est distinctio; quod exstinguatur quoad statum caussæ præsentem, cum exsequi sententiam non liceat; suspendatur autem respectu futuri temporis ac eventus, cum possit sententia prior confirmari a superiore & ita effectum sortiri iudicatum. Panorm. & alii, ut refert P.Greg. 6. *de App.* 11. *n.* 4. & probant Lanc. *de Att. P.* 2. *C.* 12. *præfat. n.* 126. Cov. *Pract. QQ. C.* 23. *n.* 1. Gail. 1. *Obs.* 144. *n.* 2. sed reprobat Fr. de Cald. *ad L.* 3. *C. de in int. rest. in definit. v. per quod postliminium ius recuperat n.* 35. Quippe hac ratione prior sententia confirmata effectum haberet, ac vires suas retro porrigeret contra *d. L.* 6. *§.* 1. *de his qui not. inf.* & immo non ex priori illa, sed posteriori confirmante agitur, vid *not. infra C.* 9. *N.* 3. Quare Caldas *d. loc.* suspensam dici sententiam, quandiu appellans superiorem non adiit, cum possit sententia appellatione deserta in iudicatum transire; ubi iudex, prior exsequitur, vid. *not. infra C.* 8. *N.* 7. Extinctam autem, quando appellationem prosecutus, sive prior sententia reformetur sive confirmetur; cum ea illa ceu extincta, nec agatur, nec exsecutio petatur. Confer. Hier. Mag. *Dec. Flor.* 198. Cacher. *Decis.* 5. And Scheffer. *P.* 1. *Q.* 41. *n.* 4. *& seqq.* Non autem impediri præsumptionem iustitiæ prioris sententiæ, docent Lanc. *d. loc. n.* 125. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 35. *n.* 30.

2) Add. *L.* 17. *L.* 30. *& passim. C. h. t. L. tale* 40. *§.* 1. *D. de pact. L.* 244. *de V. S.* Provocatio tamen verbum generalius est ac latius patet, quo omnis invocatio auxilii superioris, & ita etiam supplicationes, &c. continentur, Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 6. Hart. Hart. *T.* 19. *Obs. ult.* Bod. 1. *de Rep. ult. n.* 161. Sed & verbi *appellare* ratione materiæ subiectæ acceptio variat. Sicuti dicitur appellari debitor *L.* 16. *§. ult. de fidei.* puella cuius pudicitia attentatur *L.* 15. *§* 17. *de iniur.* & aliis modis. vid. *supra Lib.* 17. *C.* 12. *n.* 10. *N.* 20. P. Greg. 1. *de App.* 2.

Digitized by Google

re constituatur: tum detur opera, ut constituta perveniat ad eum iudicem, qui de appellatione cogniturus est: sic denique ea introducta fungatur iudex suis partibus. Dicendum est igitur primum, quibus in caussis appellatio necessaria sit: in quibus non sit: ne forte eam frustra requiramus, ubi ea non est opus: secundo loco in appellatione necessaria, quæ eius constituendæ ratio sit. Tertio quæ ratio eius introducendæ. Postremo quid appellatio efficiat: id est, quid det litigatori ad agendum appellationis caussam: quid a iudice, qui de ea cognoscit, exigat.

C A P. V.

Quas ad res rescindendas prosit & sit necessaria appellatio.

Appellatio ad delata civilia munera recusanda, & ad retractandam sententiam necessaria. I.

Quibusdam tamen nec adversus nominationem legitimam. II.

Quibusdam vero nec adversus sententiam necessaria: quando hoc, & quatenus, III. II.

I. Prodita est duas ad res appellatio: ad delationem publici muneris, aut honoris defugiendam, & ad rem iudicatam retractandam; atque ita prodita: ut superioribus rebus rite peractis, nec munus aut honorem delatum defugere liceat omissa appellatione, nec rem iudicatam rescindere. A muneribus & honoribus iustæ caussæ excusationem præstant: sed quæcunque caussæ sint, eæ nisi interposita appellatione allegari non possunt. De quo ita cavetur in *L. hi qui, Cod.* de appell. *Hi qui ad civilia munera, vel ad decurionatum, vel honores devocantur, licet vacationem a principibus acceperint, si appellationis auxilio non utantur, consensu nominationem confirmant.* Congruit [1] *L.* 4. *L. cives, Cod. eod.* Est tamen in hoc genere, quod inter cætera munera & tutelam interfit. In cæteris enim muneribus delatis a nominatione appellare necesse; in tutela a repulsa demum excusatione: & hoc utriusque generis cum altero commune.

II. Illud proprium singulorum, quod sunt quidam, quibus etiam adversus legitimam nominationem non est necessaria appellatio: quidam quibus non est necessaria adversus sententiam quanvis rite latam. Adversus nominationem non est necessaria veterano. De quo cautum est in *L. veteranis, C. quan. provoc. non est necess.*

III. Adversus sententiam non est necessaria iis, qui ex pluribus caussis condemnati sunt, si vel unus ex condemnatis appellavit: dum in communi caussa omnes condemnati sint. Quod ut fiat planius de re ita statuendum est: cum plures separatim condemnati sunt, quanvis ex eadem caussa, ut plures tutores aut curatores: pluribus eius appellationibus opus est: ut qui ex his non appellarit, intelligatur sententiæ acquievisse. *L. si qui.* in pr. *D. de app.* Quo sensu accipiendum est, quod scribitur in *L.* 3. vers. *certe. D. eod.* Quod si plures in communi caussa non separatim [2] condemnati sint, ita sufficiet unum appellasse, ut unius victoria etiam ei proficiat, qui non provocavit. *d. L. si quis*, §. *ult. L.* 1. & 2. *C. si unus ex plurib. appellaver.* Adeo autem plures sententiæ adversus plures separatim latæ, quanvis ex eadem caussa, plures desiderant

rant

[1]) Add. *L.* 1. §. 2 *D. Quand. app. L.* 1. *pr. D. de vacat mun. L* 2. *Cod. de decur. Lib.* 10. *tit.* 31. *L.* 4. *Cod de munerib. patrim Lib.* 10. *tit.* 41. *L.* 1. *tit. seq. quem. civ. mun. ind, L un. Cod. de vacat. publ. mun Lib.* 10. *t.* 45 *L. ult C Qui at. vel profess. se excus. Lib.* 10. *t.* 49 & 2. *L. ult, Cod de filiisf & quemad. &c.* Ac quidem a muneribus & auctoritate & utilitate publicis ab ipsa nominatione, seu electione appellandum, ut *in alleg. LL.* cumprimis *d L ult. Cod. Qui at. vel profess.* dicitur: *si a nominatione facta appellationis*, &c. in iis autem quæ utilitate privata, ut tutela, a reiecta demum excusatione, ut *supra Lib.* 3. *C.* 9. *n* 50 52. *N* 17. Marapta. *P.* 6. *b s. n* 324 P. Greg *Lib* 2 *de Appell. C.* 21 Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 8. *& t Quor. app non recip. defin.* 1. *&* 2. ubi scita ratio. Christoph Besold *h. t. Cap.* 7. *n.* 12. Et caussa hic agitur inter nominatum & nominatorem, Cuiac. 9. *Obs.* 35. add. Menoch. *Arb. Cas.* 227. Sed & ab electione appellari ita potest, ne electus admittatur, quod vel indignus, vel potior alius nominandus, P. Greg. *h. t. Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 2. Georg. de Cabed. *P.* 2. *Decis.* 84 *n.* 16. Non autem appellatio ei cui alius prælatus, Raudens. *Dec.* 33 *n* 67.

[2]) Si & eadem in illa defensionis caussa, secus si diversa, *d. L.* 10. §. *ult.* vid. P Fab. 2. *Semestr.* 25. *pag.* 371 P. Greg. *h. t. Lib.* 5. *C.* 5 Besold. *h. tit. C.* 5. *n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 126 *n.* 3. Mythesilan. *ad t. C. si un. ex plurib.* P. Æmil. *Decis. Rota* 37. *Part.* 1. Vinc. de Franch. *Decis.* 457 Trentacinq. 2. *Pract. Resol h. t. Resol.* 7. *n.* 7. *& seqq.* Hart. Pist. *Lib* 1 *Q.* 47. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 7. Frider, *de Process. Lib.* 3 *de Cont. caus. Cap.* 16. Et quod in appellatione plurium consortum non necesse sit singulorum nomina exprimi, Myns. 2. *Obs.* 66.

Digitized by Google

rant appellationes, ut si vel in una caussa, & adversus eundem separatim duplex sententia divisa detur, veluti, una sortis, & altera usurarum, placeat duplicem appellationem esse necessariam. *L. cum in una, D. de appell.*

C A P. VI.

Iustas esse caussas, cur non recipiatur appellatio, & quæ sint. In quo hæc explicantur: qui appellare non possint: a quibus non appelletur: Quibus in caussis liceat appellare: A qua sententia: quoties: Tum intra quæ tempora appellandum sit, & quomodo. Postremo cuius sit recipere aut repudiare appellationem: Et quid si appellator de non recepta queratur.

I. SI appellatio necessaria erit: primum est, ut ea iure interponatur, constituaturque. Constituendæ hæc ratio est, si recipiatur a iudice, a quo appellatur. Quid ergo, dicat quispiam, potest iudex hanc repudiare? Atqui de potestate appellandi ita cautum est legibus: & in maioribus, & in minoribus negotiis appellandi liberam [1] facultatem esse. *L. & in maioribus. L. si quis, C. de appell. cap. de appel-*

[1] Usumque frequentem & necessarium, *L. 1. pr. hoc tit.* vid. P. Gregor. *h. Tr. Lib. 1. Cap. 5.* Besold. *Cap. 1.* Brederod. *h. Tr. Parte 1. Tit. 2.* Quam plerique iuri naturæ adscribunt, quippe cuius est detensio, unde nec statute

appellationibus. 2. *extr. si de appell.* Ex quo est, quod imperatores prohibent vim; aut minas inferri appellantibus: & si quis prohibeat victos appellare, minantur se ultores futuros. *l. minime, d. L. si quis, C. eod. L.* [illegible]. *D. eod.* Quæ si de hac re facultas est: frustra expectatur auctoritas & approbatio iudicis, in eo, quod etiamsi velit denegare [2] non potest. Et est sane ita, ut nisi quid nominatim prohibeatur, sit ubique ea facultas appellandi, quam modo dixi.

II. Sed est in ea, itidem ut in cæteris fere rebus concessis, quod iure excipiatur. Primum non passim admittitur appellatio: sed multis de caussis in totum inhibetur. Tum autem cum admittitur, non admittitur, nisi certa lege. Nam & certo modo appellandum est, & appellandum intra certa tempora iure constituta. Quibus rebus prætermissis frustra appellatur. Hinc totidem caussæ non [3] recipiendæ appellationis, quæ ob eam caussam æstimandæ iudici permittuntur, ut si re cognita ab eo recepta fuerit appellatio, hæc iam pro iusta habeatur. Sitque plane constituta. Quare quid in universum hic liceat, & quatenus videamus.

III. Est igitur, ut dixi, cum plane appellatio non admittatur. Quominus admittatur, in caussa sunt alias persona appellantis; alias iudicis dignitas, qui iudicavit; alias caussa, de qua actum est: nonnunquam genus sententiæ: postremo etiam numerus appellationum sæpius interpositarum.

IV. In persona appellantis spectandum est, utrum in aliena caussa quis appellet, an in sua.

V. In aliena caussa ei, qui iudicio expertus non est, appellare [4] non licet. *L.* 2. *vers. sed dicendum, D. quando app. sit.* Quod sic accipiemus, nisi aut ei [5] mandatum sit, aut cum appellasset, dominus ratum habuerit. Placet etiam si mater, cum filii rem sententia versam animadverteret, provocaverit, pietati id dando, & hanc [6] audiri debere: hæc in *L.* 1. *D. de app. recip.* Hoc amplius humanitatis caussa receptum est, ut quilibet appellare possit nomine eius, non tantum, qui ad supplicium ducitur, sed etiam qui supplicio addictus est: quanvis ille [7] repugnet. *L. non tantum, D. de app. L. addictos, C. eod.* Quemlibet cum dicimus, liberum intelligere debemus. Nam servus ne domini quidem nomine appellare permissus est. *L. ult.* in pr. *D. eod.* Recte autem edictum est, ei qui iudicio expertus non est. Is enim qui iudicio est expertus, quanvis alienam caussam agat, ut procurator: tamen lite contestata dominus litis efficitur, ut recte placeat eum, si victus sit, appellare posse, & quidem per procuratorem. *L.* 4. *§. ult. D. de app.*

VI. In sua caussa si quis appellet, id est, si appellet is, cuius interest: refert, utrum ipse dum caussam ageret victus sit, an alio condemnato appellet.

VII. Omnibus qui iudicio experti sunt in sua caussa appellare permittitur sine con-

tum effici posse, ne appellare liceat, docent, Mynf. 1. *Obs* 14 quia alia, ait, ratio pacti, quod non directo offendit ius superioris, & citati a Treutlero *Vol* 2. *Disput.* 33 *Thes* 1. Et quod appellationem iustam nec Princeps tollere possit, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 1. *n.* 4 *&* 5. Verum Pinel *ad Rub. Cod. de rescin. vend. Parte* 1. *C.* 2. *n.* 21 non proprie esse defensionem statuit, quia, ait, an sint plures instantiæ mere arbitrarium est, nec respicit iustitiam caussæ. Nemo enim scire potest, an rectius in primo vel secundo tribunali iudicetur. Et Knich. *de Sax. non provoc. iure* V. *ius. Cap* 2. *n* 176. *& seq* iuris civilis &c. hanc esse contendit. Qui *d. Cap* 2. *n.* 50. *& seqq.* disquirit, num usu immemoriali effici possit, ne a quopiam appelletur. Certe Princeps & caussam certam appellatione remota delegare, ut *infra N* 21. generale privilegium de non appellando tribuere potest.

2) Ac quod recipere iudex teneatur præter *L.* 21. *Cod. hoc tit* Novellis textus disertissimus *Novell.* 82 *Cap.* 12. *&* 13 *Novell.* 126 *Cap.* 3. *pr. & Novell.* 134 *Cap.* 3. *vers ult.* Quos tamen DD illi non adducunt, qui generaliter definiunt appellationem in dubio permissam censeri, eique deferendum esse, Tiraquell. *Tr.* Le mort saisit le vif, *Parte* 6. *Declar* 6. *n.* 9. Marant. *Part* 6. *hoc tit. n.* 399. P. Gregor *Lib.* 2. *Cap.* 1. *n* 1. Besold. *Cap.* 11. *n.* 1.

3) Et plane non recipiendæ, quas calumniose interponi apparet, non spe victoriæ, sed ut iudicati vires suspendantur, & subterfugia captentur, vid. P. Gregor. *hoc tit. Lib.* 1. *Cap* 13. *& Cap ultim.* Marant. *hoc tit. n.* 347. Mennch. *Arb. C.* 197. Nimius quippe huius remedii ad iniquitatem abusus, Gail. 1. *Obs.* 128. *n* 2. Broidæ. *Supplem. Hist fori Pollesti Lib.* 5. *Cap* 17. *pag.* 545. P. Heig. *Parte* 1. *Q.* 10. *n.* 10. *& seq.* Knich. *supr. d. loc. Cap.* 3. *n.* 58. *& seq.* Hinc inolevit, ut deferant appellationi cum clausula: *Si & in quantum de iure &c.* Grav. *ad Vestr.* 7. *Pract. ultim. n.* 22.

4) Vid. P. Greg. *h. Tr. Lib.* 2. *Cap.* 14. *& Lib.* 5. *Cap.* 2. Vasq. 2. *Contr usu freq.* 39. Besold. *h. Tr. Cap.* 5. *n.* 11. Filiusfamilias nomine patris auditur, *L.* 23. §. 2. *hoc tit.* vid. Guid. Papæ. *Decis* 213.

5) De appellatione Procuratoris, vid. M. Anton. de Amatis *Decis.* 37. Achill. de Grass. *Decis. Rota* 230. *ac* 235. *& seq* Brederod. *hoc tit.* 13. v. *Procurator.* Et num teneatur appellare, item appellationem prosequi, *supra Lib.* 18. *Cap.* 16. *n.* 6. *& seqq. ibique not.* Besold. *h. Tr. Cap.* 5. *n.* 7. *&* 8.

6) Vid. Harpr. *ad §.* 2. *I. de iis per quos agere, n.* 101. ubi ratio differentiæ, cur mater in secundo hoc iudicio admittatur, quæ non item in primo.

7) Humanitatis consideratione, ut ait *L.* 6. *in fin. C. de Episc. aud.* Nec audiendus Hostiensis, qui requirit, ut postea ratum habeat, P. Gregor. *Lib.* 2. *Cap.* 7. *n.* 10. Minus vero qui interpositionem solam admittunt, ut persecutio deinde fiat ab ipso reo, ut Besold. *hoc tit. Cap.* 7. *n.* 11. Contra enim rectius P. Gregor. *d. Cap.* 7. *n.* 12. Quem de hoc vide *ibid. &* 32. *Synt.* 24. *n.* 15. *& seqq.* Broidæ. 5 *Hist. fori* 17. *p.* 549. Padilla in *L. transigere n.* 9. (idem statuens in condemnato ad membri abscissionem, ut & P. Gregor. *d. Cap.* 7. *n.* 13.) P. Frid. 3. *de Contin. causs.* 8. *n.* 21. Vasq. 1. *ill. Contr.* 41. *n.* 10. *& seqq.* Ubi 8 obiectiones diluit, *& Contr.* 2. *usu freq.* 39. *n* 23. ubi extendit ac restringit. Confer. *not. h. C. N.* 26. Idem statuit Vasq. *d Cap.* 41. *n.* 9 *& seqq* de condemnato in caussa civili, cuius tanta egestas, ut ipse appellare nequeat, ut quod favor vitæ operatur ratione cuiusvis, idem paupertatis favor efficiat respectu inopis.

controversia: nisi si cui personæ conditio, aut contumacia, aut delicti genus, aut conventio sua, & consensus obstet.

VIII. Obstat personæ conditio servis: de quibus ita scriptum est in *L. servi, D.* de appell. *Servi appellare non possunt. Sed domini eorum ad opem servo ferendam, possunt uti remedio appellationis, & alius domini nomine id facere potest. Si vero neque dominus, neque alius pro domino appellaverit, ipsi* [8] *servo qui sententiam passus est, triste auxilium sibi implorare non denegamus.*

IX. De contumacibus ita ius est: qui cum ad agendam caussam legitimis edictis vocatus esset, absens condemnatus est, siquidem abfuerit per contumaciam, eius appellatio recipi non potest. *L.* 1. *L.* 4. in fin. *Cod. quor. appell. non recip. L. & post. §. ultim. D. de iud. L. ex consensu, §. ultim. D. de app.* Quis per contumaciam abesse intelligatur, docemur in *L. contumacia, D. de re iud.* Notandum est adversus eos tantum, qui per contumaciam absunt, constitutum hoc ius esse. Quod si quid aliud in iudicio per contumaciam quis non faciat, veluti si non exhibeat instrumenta, nihilominus [9] eo nomine condemnatus appellare potest. *L. creditor, §.* 1. *D. de app.* & delicta quædam sunt, ob quæ damnatis appellandi potestas denegatur.

X. Primum insignes latrones, seditionum concitatores, duces factionum in ea caussa sunt, ut placeat eos damnatos statim puniri debere, quia publice interest, proindeque eorum appellationes [10] non recipi. *L. constitutiones, D. de app.* His proximi sunt homicidæ, venefici, malefici, adulteri, item ii, qui manifestam violentiam commiserunt. Nam & de his constitutum est, ne appellationes audiantur: verum hac lege si non solum legitimis probationibus convicti damnati sint, ut priores illi: sed si etiam voce propria vitium, scelusque confessi sint, ut comprehensum [11] est *L.* 2. *C. quor. app. non recip.* Ad hæc *L.* 3. *C. eod.* sic vulgo accepta est, ut officialis a suo indice condemnatus ob delictum in officio commissum appellare [12] non possit.

XI. Si desint cætera, placet in universum pacto [13] effici posse inter litigatores, ne cui eorum appellare liceat. *L. ult. §. ult. C. de. temp. appell.* Quinimo ut nihil inter eos convenerit, si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum, provocandi auxilium [14] perdidit. *L.* 1. *§. si quis. D. a quib. app. non licet.* Non intelliguntur quidquam istiusmodi convenisse, qui iudicem ex consensu sumpserunt. Itaque recte visum est a iudice ex consensu litigantium dato victum posse provocare. *L. ex consensu, D. de appell.* Cæterum licet ei qui appellavit, renunciare appellatio-

8) P. Gregor. *Lib.* 5 *Cap.* 1. *n.* 10. Auditur & excommunicatus & banuitus, vid. Besold. *hoc tit. Cap.* 5. *n.* 1. Brederod. *Parte* 1. *Tit* 13. *pr.* ut & minor siue curatore, cum interpositio huius non sit verus actus iudicii, post Cothman. *Cons.* 35. u. 1. *& seqq.* Besold. *d. loc.*

9) Quæ vulgaria distinctio est inter contumacem in non veniendo, *d. L.* 23. *§. ult. & simil Nov.* 82. *Cap.* 5. & in non parendo, Alb. Galeot. *Margarita aurea Cap.* 26. *n.* 12. P. Gregor. *Lib.* 5. *Cap.* 4. *n.* 5. *& seqq.* Requiritur autem vera contumacia, non ficta aut præsumpta, P. Gregor. *d. Cap.* 4. *n.* 1. *&* 2. Besold. *Cap.* 6. *n.* 4. Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 2. *§.* 1. *n.* 3. Gutier. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 50. *n.* 1. Plura de hoc Maranta *h. tit. n.* 284. *& seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 70 *n.* 38. (ubi nec supplicationem ei superesse docet) Hartm. *Tit.* 19. *Obs.* 26. M. Ant. de Amatis *Decis.* 36. Meichsner. *Tom.* 2 *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 1. *n.* 58. *& seqq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 5. *& seq.* & maxime u. 21. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 14. *n.* 10. *& seqq.*

10.) Ubi non coniunctim probatio & confessio requiruntur, sed alterutrum sufficit, Rauch. & ab eo citati *Parte* 2. *Q.* 8. *n.* 11. *& n.* 16. His accensendi monetæ adulteratores *L.* 1. *in pr. L.* 2. *in fin. Cod. de fals. monet.* Marant. *hoc tit. n.* 294. Bronch. 3. *Misc.* 74. raptores virginum, *L.* 1. *in fin. pr. Cod. de raptu virg. C. pervenit.* 13. *& seqq. extra h. t.* Marant. *d. loc. n.* 295. etsi convicti solum nec confessi, Rauchbar. *d. Q.* 8. *n.* 10. Hæreseos condemnati, *C. ut inquisitionis* 18. *de haret. in* 6. Marant. *d. loc. n.* 299. Reum autem hæreseos, necdum iudicatum, si gravamen contingat in processu, appellare posse, vult Gundisalv. de Villadiego *de Hæreticis Q.* 18. *n.* 1. add. Ludov. Carer. *Tr. de Hæreticis, n.* 129. Perduellionis rei, Marant. *d. loc. n.* 297. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crimin. Cap.* 6. *n.* 14. *& Cap.* 37. *n.* 30. Rauchb. *d. Q.* 8. *n.* 9. etsi contraria dicatur, communis, *ibid.* & ex Vivio Ioan. Ruland. *Addit. ad Marant. d. loc.*

11) Ita Rauchb. *d. Q.* 8. *n.* 17. Maranta *h. t. n.* 298. Convicti scilicet probatione clara, confessi sponte, Maranta *ibid.* Nam ut tormentis extorta confessio teneat, requirunt, ut post intervallum diei naturalis sive 24. horarum, nec minus, libere repetita sit. Matthesilau. *ad d. L.* 2. *n.* 5. Confer Myns. 5. *Obs.* 23. Cæterum etsi convictis solum appellatio non adempta, nisi in casibus *N. præcedentis*, tamen confessos solum non admitti, quoties pœna certa lege definita, rationis esse, & utrique iuri convenient, vult Rauchb. *d. Q.* 8. *n.* 32. *& seqq.* Adi & Matthesil. *ad d. L.* 2. P. Greg. *Lib.* 2. *Cap.* 8. Besold. *Cap.* 6. *n.* 1. fuse Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 13. *v. condemnatus.*

12) Vid. Matthesilan. *ad d. L.* 3. Maranta *h.* 1. *n.* 301. *& seq.* Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 15. verbo; *a Syndicatoribus.*

13) De vi talis conventionis vid. Marant. *h* 1. *n.* 341. *& seqq.* Myns. 1. *Obs.* 14. Damhuder. *Praxi civ.* C. 234. *n.* 6. Besold. *Cap.* 6. *n.* 3. Franc. Pfeil. *Cons.* 178. & omnino Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 11. P. Greg. *Lib.* 5. *Cap.* 3. fuse disceptans.

14) Secus esse, si dixerit se velle stare sententiæ, statuit Marant. *n.* 317. Cuius defensionem suscipere nolim. Cæterum & post sententiam latam tacite appellationi renunciasse intelligitur, qui parere aut implere cœpit, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 230. *n.* 4. qui dilationem petiit intra quam solveret *L.* 5. *C. de re iud.* Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 2. *Comm. Conclus. tit. de appell. Concl.* 3. Ant. Fab *C. suo t. Quor. app. non recip. defin.* 12. (excipiens nisi caussa sit restitutionis in integrum ob ætatem, dolum adversarii, sexum &c.) aut si aliter sententiæ acquievit, eumve actum comprobavit, Marant. *h. t* u. 317. *&* 342. Quare utile est protestari, quod per comparitionem coram inferiori, non intendat renunciare iuri appellandi, Bover. *Sing.* 68. *num.* 1.

lationi suæ rebus integris, id est priusquam appellationem ad superiorem iudicem [15] introduxerit. *L. si quis libellos, C. de appell.* & *c. quamvis. extr. de elect. lib.* 6. Vel antequam iudex appellationem susceperit, vel alteri delegaverit. Sic tamen ut sumptus adversario restituat. *c. interposita, extr. de appell.* Hæc de his, qui ipsi iudicio experti victi sunt.

XII. Quid his liceat, qui caussam non egerunt, quorum tamen interest videamus. Et placuit, quanvis alio condemnato, non minus eum quoque cuius interest [16] appellare posse: sed hac conditione si is cesset, qui victus est. Et quoniam non multum refert utrum victus non appellet, an appellet quidem, cæterum non ex fide caussam agat, visum est hic quoque ei, cuius interest idem tribuendum: non quidem ut ipse novam appellationem interponat, cum sit a condemnato interposita: sed ut defensio caussæ perinde illi committatur, ac si ipse appellasset. Licet hæc colligere ex *L.* 4. *§.* 1. *D. de app.* ac ne exempla desint eorum, quorum interest alios, qui de re egerunt non condemnari, plura eodem illo loco proponuntur. Eodem pertinet. *L.* 5. *eo tit.*

XIII. Illud de verbo monendi sumus, interesse alicuius sic accipere nos hoc loco, non tantum si eius pecuniariter intersit, id est, si alio condemnato aliquid ei absuturum sit de re familiari, ut alias fere accipi solet: sed etiam si quod incommodum famæ & existimationis ad eum pertineat. Ut puta, dicimus hic interesse patris filium non pronunciari servum aut libertum, quia non possit filius talis esse, quin eius rei dedecus, vel civitatis minutio patrem quoque attingat. Item interesse propinquorum, ut quis propinquus capite damnetur: quia putatur nota capitalis alicui inusta ad totam familiam pertinere. Hac de caussa, & illic patri filio damnato, & hic propinquis alio propinquo damnato [17] appellare permittitur. *L.* 2. *§. si is qui.* & *§. ult. D. quand. ap. sit.*

XIV. Non est tamen hoc perpetuum, ut cuius interest, ei appellare liceat Non enim pertinet hoc ius ad eos, quibus testamento inofficioso quid datum relictumve est: sive legatum quid sit, sive civitas data. Interest horum omnium heredem scriptum præsentem non vinci in caussa inofficiosi testamenti: quia ex inofficioso testamento, de quo præsente herede scripto pronunciatum sit, neque legata neque civitates debeantur. *L. Papin. §. ult. D. de inoff. test. L. si prolusorio. §.* 1. *D. de app.* Verumtamen non permittitur his ex supra scripta caussa appellare, nisi hac lege, si dicant, per collusionem esse pronunciatum, aut transactum cum herede instituto. *L.* 5. *§.* 1. *d. L. si prolusorio, D. de app.* Collusione obiecta non tantum his licet appellare, ubi victus heres cessavit: sed etiam appellatione ab eo interposita, possunt agere caussam appellationis *L.* 5. *§.* 1. *D. de app.* Plane his ita consultum est rebus integris, ut si his vel suspecta tantum sit collusio, id est, si suspicentur non ex fide heredem caussam agere, possint agere caussam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit. *L. suspecta, D. de inoff. test. d. L. si prolusorio. D. de app.*

XV. Ut non omnibus appellare permissum est: sic nec ab omnibus iudicibus. Principio a Principe [18] appellare fas non est. Quod etiam monere stultum esse

15) Apud nos res integra habetur ante emissam citationem ad prosecutionem appellationis, Moller. 4. *Semestr.* 35. De hac renunciatione, vid. P. Greg. *Lib.* 8 *C.* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. b* 1. *Resol.* 8. qui septem casus distinguit. Confer. Ant. Fab. *C. suo de temporib. app. defin.* 8. impune renunciari volens intra decendium a die sententiæ, si forte ea statim interposita, post illud non nisi expensas, quibus caussam dedit, adversario refundat. Cæterum & intra decendium hoc variationem concedunt, ut appellationis interpositæ pœnitentia ductus ad alium superiorem, ad quem etiam caussa devolvi posset, appellet. Quo de Gutierr. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 108. Cacheran. *Decis.* 131. qui contra sentire videtur, si appellationi iudex a quo detulit.

16) De appellatione tertii, non pigebit te consuluisse, Gail. 1. *Obs.* 22. Covar. *Pract.* QQ. *C.* 15. P. Greg. *Lib.* 5. *C* 1. Brederod *P.* 1. *Tit.* 13. *v. Tertius.* Sed hoc interesse non sit separatum a iure principalis, P. Greg. *d. C.* 1. *n.* 21. ac de eo prius doceator, saltem summarie *ibid n* 20. aut probetur semiplene, Gabr. Saraaoa *not. ad Mathesilan. Sing.* 213. & nuncupatim caussæ seu gravamina exprimantur, Gail. *d. Obs.* 122. *n.* 6. Matthes. *d. Sing.* 123. Aliud autem si adhæreat interpositæ a principali, quam eo non prosequente, ipse prosequi potest, vid. Gail. *dict. loc.*

17) Dominus quando pro subdito recte appellet, quod sua intersit, vid. Goid. Pap. *Decis.* 464. Gail. 1. *Obs* 125. Maritus an & quando pro uxore sine maodato recte appellet, Gail. 1. *Obs.* 133.

18) Quod & scite confirmat Æneas Sylvius *Tract. de Ortu & auctoritate Imp.* C. 22. *& seq.* Sicuti rivuli a mari fluentes, dum ad mare reversi sunt, quiescunt, P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 38. vid. idem *Lib.* 3. *de Appell. Cap.* 7. Bodin. 1. *de Repub.* 10. *n.* 160. *& seq.* Lancel. Conrad. *Templ. om. iud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 4. *de præstantia & potentia Imp. v. sententiam inappellabilem fert pag.* 429. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisd. Part.* 1. *C.* 1. *Membro* 2. *n* 183. *& seqq.* Paurmeist. 2. *de Iurisd.* 4. *n.* 159. *& seqq.* Besold. *de Appel.* C. 2. Idem in Rege alio, Principe aut Republica quæ superiori nulli subiecta, Maranta *b.* 1. *n.* 248. *& n.* 254. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol.* 1. *n.* 2. & auctores citati. Plane a sententiis Principum, a quibus lege humana appellare non licebat ad tribunal divinum, sæpius inique condemnati provocaverunt, nec omnino sine effectu. Exempla ex Historicis referunt Phil. Cameral. 3. *Op. Succesiv.* 30. Io. Marian. *Lib.* 3. *de Rege & Regis instit. C.* 12. P. Greg. 1. *de App.* 2. *n.* 10. Besod. *d. C.* 2. *n.* 13. Ventura de Valent. *Parthen. litig. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 38. *&* 2. *seqq.* Quid si Imperator litem suam inferiori iudicandam commiserit (uti potest *L.* 14. *de iurisd.* vid. *not.*

Digitized by Google

esse ait Ulpianus, cum ipse sit, qui provocetur. *L. 1. D. a quibus app. non lic.* Non licet etiam a [19] senatu, ne si Princeps quidem appelletur. *d. L. 1. §. 1. a quib. app. non lic.* Non licet nec a [20] præfectis prætorio. *L. si quis, C. de app. L. unica, C. ne liceat in una ead. caus. ter provoc.* Cuius rei rationem reddit Arcadius in *L. unica, D. de off. præf. prætor.* Si ex suprascriptis Princeps ita det iudicem, ne [21] liceat ab eo provocari, non magis ab eo appellari potest, quam ab ipso Principe, alius ita iudicem dare non potest. *d. L. 1. §. ult. D. a quib. app. non lic.* Quod tribuitur sententiæ Principis: tribuitur & eius [22] consilia-

Tom. VI. Dd

not. supra Lib. 27. C. 2. N. 2.) victus adversarius nunquid & quem appellabit? Zas. *Lib. 2. Sing. Resp. C. 18.* censet quod tunc in appellationis quoque caussa se subiicere cognitioni non suspecti debeat. Nam si in principali caussa noluit ipse ceu in caussa sua, iudicare, nec debet in appellatione, ne provisio *d. L. 14.* reddatur elusoria, ita Zas.

19) Ratio quia Princeps ipse in eo ordine se numerat, & ita pars ac caput Senatus, per *L. 8. de dign.* ubi Goth. Philipp. Berter. *Pithanon. Diatriba 1. C. 7. pag.* 78. scribens illibatam per hoc mansisse auctoritatem Principis, cum appellationum iudicia, quæ consultationes dictæ, præsente in Senatu principe, peragi aut ab eo confirmari solerent, *Nov. 62.* Olim vero & ante orationem D Hadriani a Senatu provocari potuisse, ostendit Berter. *d. loc.* & Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 361. Confer. P. Greg. 3. *de App.* 11. Turam. *ad L. 9. de LL.* Guerin. Piso Soac. *de Rom. & Venetor. magistrat. inter se comparatione n. 21. & seqq.* ubi nostro tempore hæc correcta esse & annihilatum Senatum illum veterem ea Baldo refert. Et *ibid. n. 31.* hodie veram illius imaginem exprimere Senatum Venetum putat, non autem Curias supremas, vid. *infra N. 24.* Senatui Mediolanensi auctoritas a Carolo V. Imperatore concessa, ut ab eo non provocare liceat. *Relatio de Insubria Ducat. pag. 219. P. 1. Thesauri Politici* Philippi Honorii. A concilio universali non appellatur, Menoch. *Arb. Cap.* 458. *n.* 36. ne quidem ad Papam, ut ex Iacobatio Brederod. *P. 1. Tit. 14. ad P. Greg. 3. de App. 6.*

20) Nec si ex consensu litigatorum prorogata iurisdictione cognoscat, *L. 8. C. de Episc. aud.* add. *L. 17. de minor. L. 5. C. de precib. Imp. offer. L. 1. C. de off. præf. prætor. Orientis, Nov. 23. Cap. 1. Nov. 82. C. 12. Nov. 119. Cap. 5.* Solus enim hic vere sacra vice iudicans *L. 16. C. Th. de Appell.* Nec nulla maior post Principem potestas. Unde Socrati *Lib. 2. Hist. Eccles.* dicitur μείζων τῶν ἄλλων ἀρχόντων, δεύτερος μετὰ βασιλέα Qui solus, ut Ausonius *Epist.* 16. *ad Probum*, exceptis tribus heris (Imperii consortes innuit) herorum primus est. De auctoritate Præfectorum prætorio, Bodin. 3. *de Rep. 6. initio.* Berter. *Pithanon Diatriba 1. C. 8.* P. Fab. 1. *Semestr.* 1. 2. 3. Coras. *Epist. Q. 2. C. 5. n. 3. & 4.* De hoc non provocandi iure Matth. Steph. 1. *de Iurisd. 14. n. 30. & seqq.* P. Greg. 3. *de App.* 12. Brederod. *P. 1. Tit. 15.* Qui hunc generalis legis, qua alii quoque eius alias iudicio non subiecti tenerentur, condendæ ius habuisse, contendit Alciat. 2. *Parad. 9. per L. 2. C. de offic. præf. Orient.* & fere Cuiac. 6. *Obs.* 10. Quod refellunt Angelus a Sancto Ioanne *Antiparadox.* contra Alciat. *Cap. 4.* & Guerin. Piso Soacc. *de Rom. & Venet. Magistr. inter se comparat. n. 69.* Nam *forma* in *d. L. 2.* non legem significat generalem, sed edictum ex bono & æquo editum, ut prob. *L. 1. de extr. cogn.* ibi: ut præses &c. formam rei det, add. Cagnol. *ad L. 3. de Iurisd. n. 277. & seq.* Successit hic magistro equitum *L. 1. de off. præf. prat.* Fenestella Pompon. Læt. & Raph. Volaterran. *de Magistratib. Rom.* Hodieque iidem fere apud Principes Mareschalci, qui olim magistri equitum, Henr. Bebel. *de Magistratib. & sacris Rom.* Inde forsan vulgatum istud, quod Elector Saxoniæ Imperii Archimareschalcus, habeatur Præfectus prætorio. Sicuti nec desunt, qui Electores generatim, & Principes Electoralis familiæ præfectis prætorio comparant, Wes. *Cons. 40. n. 46. & Cons. 46. n. 2.* ac ab eo citati. Quam comparationem immerito absurdam vocat Andr. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius C. 3. n. 34.* quod augustius sit hoc fastigium, quia in heredes transitorium. Neque enim quæ similia in omnibus convenire oportet, alias eadem magis dicenda. Et multa immo communia huic dignitati cum illa præfectoria veteri, Heig. *P. 1. Q. 4. n. 14. & n. 51.* Nam uti hæc dignitas summa est in Imperio & Regiæ æquiparatur, vid. Moller. 1. *Semestr.* 40. ita & olim Præfecti prætorio Regibus comparati, ex *Cassiod.* Heig. *d. n. 51.* ut olim nulla maior præfectoria post Principem potestas, ita hodie Electoria. Sane ex aurea Bulla Caroli IV. *C. 11.* omnibus Electoribus ius non provocandi competere videtur, sed reliqui de iure suo recesserunt, quod illibatum mansit Electoribus Saxoniæ & Brandeburgicis. Sed Brandeburgense privilegium non nisi Electori, Saxonicum omnibus Ducibus Saxoniæ indultum. Et ab his nullo omnino nec supplicationis, revisionis, nullitatisve remedio ad Imperatorem caussæ devolvi possunt, vid. Heig. *d. Q. 4.* Knich. *d. v. ius C. 2. & v. litis provoc. nescium. C. 3.* Neque ea re maiestas Imperatoris læditur, vid Thom. Michael *de Iurisd. Conclus.* 26. Gerlac. Buxtorfius *Differtat. in 17. priora aurea Bulla Caroli IV. Capita Conci. 94. lit. C.* Diss. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n* 62. Georg de Cabedo *P. 2. Decis. 40. n. 12.* Cardinales quoque præfectis prætorio in hoc comparat *Gl. in L. 1. C. de off. præf. prat.* Brederod. *h. Tr. P. 1. Tit. 15.* Iac Omphal. *Lib. 7. de Usurpat. legum. C. 2. n. 11.* Nec desunt, qui Regibus illos exæquant. Patriarchæ sententiam appellationi non subiacere habetur *Delectu legum compendiario Leonis & Constantini Tit. 10. §. 6. Tomo 2. Iur. Græco Rom.* a Leunclavio editi.

21) Vulgo appellant cui caussa delegata cum clausula, appellatione remota. Quo de *C. pastoralis 53. C. inquisitioni 7. extra h. t.* fuse P. Greg. 2. *de App.* 20. quem adi, & Marant. *h. t. n. 336. & seqq.* Viv. *Lib. 1. Decis.* 69. Myns. 1. *Obs.* 3. Pinel. *in Rub. C. de resc. vend. P. 1. Cap. 2. n. 22.* (ubi hac re non tolli defensionem contendit, cum ut plures instantiæ fint, merita caussæ non concernat) Paul. Æmil *Decis. Rota 33. P. 1.* ubi per eam non excludi notorium gravamen. Sed nec nullitatem, nec restitutionem in integrum, nec suspecti quæstionem remotam esse ita censent, idemque in privilegiis de non appellando, intra certam summam statuendum, Paurmeist. 2. *de Iurisd. 4. n. 146.* modo seorsim proponatur, secus si appellationi permista nullitas, aut incidenter veniat, Gravat. *ad Vestr. Lib. 8. Cap. 1. n. 24.* Vant. *Tit. Qui poss. dic. de nullit. n. 33.* nec reconventionem, vid. Theoph. Gisebert. *de Reconvent C. 23.* Sed si conventio delegata cum hac clausula, & reconventio cum eadem intelligitur, per *C. 2. extra de mutuis petit.* Zang. *in Pralect. ad C. 41. 93. & 71.* coniuncta *extra h. t.* add. Besold *h. t. C. n. n. 18* Num a iudice, cui arbitrium concessum, appelletur, Menoch. *Arb. Q. 70.* & num a dato ita ut secundum conscientiam iudicet, P. Greg. 3. *de Appellat. 19* aut in cuius conscientia & arbitrio partes decisionem constituerunt, Damhudar *Praxi civil. Cap. 230. n. 10.* qui negativam statuit, si is iuret, se iuxta dictamen conscientiæ pronunciasse.

22) Ita Maranta *h. t. n. 251.* Atque huc referendæ supremæ curiæ regnorum, veluti Parlamenta Franciæ & cumprimis Camera Imperialis. Neque enim apte Senatui Romano ess comparari ostendit Guerin. Piso Soacc. *de Rom. & Venet. magistr. n. 26.* Nec scite admodum Præfectis prætorio conferuntur a Rol. a Valle *Cons. 1. n. 18.* (citante Goth. *ad L. 1. C. de of. præf. prat.*) Guid. Pap. *Decis.* 50. Tessauro *Dec. 2 n. 1.* P. Greg. 3. *de App. 11. n. 1.* P. Heigio *P. 1. Q. 10. n. 34.* Utut sit alio modo est hæc potestas penes curias istas, etsi iudicent inconsulto Principe, nempe per modum veluti commissionis vel delegationis, nomine alieno, ex legibus ab alio præscriptis; alio apud ipsum Principem, iure proprio, P. Greg. 9. *de Rep. 1. n. 38.* Veluti dixi: Neque enim neganda est his curiis iurisdictio ordinaria, Gail. 2. *Obs. 41. n. 5.* Thom. Michael. *de Iurisd. etc. Concl.* 33. Cæterum uti olim sententiæ Præfectorum prætorio retractationi subiacebant, & supplicare contra illas Principi, aut rogationes ad eum ferre (ut Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 161.) licebat *L. 9. & auth. seq. C. de precib. Imp. off. Novell. 83. Cap. 12. Nov. 115. Cap. 2. Novel. 119. Cap. 5.* Cuiac. 12. *Observ.* 3.

lic.

siliariorum, tum sententiæ, tum responsis: cum Princeps super aliqua caussa consulitur, & a consiliariis eius caussa examinatur. *L. iubemus. L. seq. C. de app.* Hinc quæsitum,

XVI. An adversus rescriptum Principis provocari possit. Par enim videtur, ut quod a Principe pariter proficiscitur, pariter ab eo non possit provocari propter Principis auctoritatem. Sed placet hoc posterius fieri posse. *L.* 1. *§.* 1. *D. de app.* utrumque optima ratione. Nam in sententia Princeps de facto cognoscit, atque ita iudicat: in rescripto, non cognoscit de facto; sed rem ita accipiens, ut proponitur, tantum de iure, id est, quid faciendum in proposito, & sequendum videatur, respondet; sic fit, ut qui a sententia Principis appellat, is Principis auctoritatem & æquitatem suggillet, quasi is aut imperite, aut inique iudicarit. Qui autem appellat adversus rescriptum Principis, is non de Principe, sed de consultoris mendacio, & improbitate queratur. Adversus quæ æquum est, apud ipsum Principem auxilium superesse, & quidem ita sunt constitutiones de hac re, ut non aliter adversus rescriptum appellari possit, quam si dicatur ea quæ Principi a consultore exposita sunt, non [23] ita se habere ut sunt exposita. *L.* 1. *§.* 1. *D. de appell.* Unde factum est, ut si cum Imperatori scriberetur, exemplum literarum litigatori editum sit: neque is appellaverit, & contra eum rescriptum sit; placere a literis pridem editis appellari non posse; quasi qui tum non appellavit, vera esse quæ scripta sunt, consenserit. *L. ult. D. quando appell. sit.*

XVII. Si superiores exceperis: a iudice [24] quovis, qui de re iudicarit appellari potest; etsi in iudice dando rescripti Principis auctoritas intervenerit. *L.* 2. *L. etiam L. a proconsulibus, C. de app.* Itaque a præsidis sententia appellandi ius est, etiam tunc, cum Princeps deportato insulam assignavit, *L.* 1. in pr. *D. quan. app. sit.*

XVIII. Ab executore sententiæ appellare non licet. *L. ab exsecutore, D. de appellat. L. ab executione, C. quor. app. non.* Interest enim publice, non differri rerum iudicatarum & plane peractarum executionem: idque adeo verum est, ut appellare non liceat ab executore [25] quanvis suspecto, ut in *c. novit*, 43. *extr. de appell.*

lae. Ferrer. *Addit. ad Guid. Pap. Decis.* 5. ita & hodie non exiguus supplicationum usus, quibus affines Revisiones, quæ usurpantur. De utrisque opportunus hic tractandi locus foret, sed locus non est. Consulere potes de illis Menoch. 1. *Arb.* Q. 70. *&* Q. 71. *n.* 10. *& seqq. & Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 895. *& seqq.* Lanc. *de Attent. Parte* 2. *Cap.* 19. Maranta *hoc tit. n* 12. *& seqq. usque ad n.* 24. ubi in quibus conveniant appellationi, in quibus differant, satis exponit P. Gregor. 1. *de App.* 6. Mynf. 6. *Obs.* 15. Hering. *de Fidei. C.* 5. *n.* 291. *& seqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. hoc tit. Resol.* 1. *n.* 4. (ubi docet admitti hanc ubi ratione personæ, non licita appellatio. Ubi autem ex natura caussæ prohibita illa, etiam hæc add. Vinc. de Franch. *Decis.* 148. *n.* 4. *&* 6.) De his (Revisionibus, aut recognitionibus, ut vocat Oldend.) ex professo Io. Ludovic. Bender. *Tr. de Revisione*, Gail. 1. *Obs.* 154. *& seqq* P. Frider. 2. *de Mandat. iudic. Cap.* 28 Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 3. *Cap.* 21. *& Parte* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 18. Georg. de Cabedo *Parte* 1. *Decis.* 12. Knich. *de Sax. non provoc. iur. v. ius Cap.* 5. Hering *de Fideiuss. Cap.* 15. *n.* 88. *&* 2. *seqq. & Cap.* 20 *§.* 20. *n* 26. *& seqq* Heig. *P.* 1 Q. 10. *n.* 58. *& seqq.* Enimvero etsi hæ bono fine inductæ, pessimus tamen earum abusus merito corrigendus, vid. Ventur. de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 14. *n.* 13. *& seqq.* Quæ etsi in foro nostro tentatæ pluries, impetratas tamen nunquam esse, testatur Heig. *d.* Q. 10. *n.* 52. id commendans in *seqq.* Sed & Moll. 1. *Semestr.* 38. memorat, quoties supplicationes, quod appellatio deficeret, porrectæ in aula Electoris, toties reiectas esse. Nec temere, ut putat, quia in curia Provocationum, secunda etiam leuteratio, vulgo *D. berleuterung.* permissa.

23) Connan 1 *Comm.* 15. *n.* 7. Atque ita *d. §.* 1. exaudiunt de appellatione, non a rescripto ipsius Principis, sed a sententia iudicis inferioris, iuxta id rescriptum, ad consultationem eiusdem emissum lata, Cornel. Benincas. *de Consistor.* Q. 6. *n.* 28. P. Heig. *P.* 1. Q. 10. *n.* 25. P. Greg. 2. *de App.* 2. *n.* 2. *&* 3. docens a concessione rescripti non provocari, sed contra effectum eius & executionem, add. Besold. *h. tit. C.* 2. *n.* 11. Cæterum a Principe male consulto seu minus informato ad eundem melius informandum recte provocari volunt, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 163. Chassanæ. *Catal. gloria mund. P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 103. Et sane P. Greg. 3. *de App.* 7. *n.* 9. non quidem per modum appellationis, cum superiorem ea requirat, ast supplicationis provocationem hanc fieri docet, ut plenius attentiusque cognoscere velit, & sequitur Besold. *d. C.* 2. *n.* 10. Sicuti & Menochius post alios *Arb.* Q. 27. *n.* 21. Lancell. Conrad. *Templ. om. iud. Lib.* 1. *Cap.* 1. *§.* 4. *de præstant. & potentia Imp. v. sententiam inappellabilem fert. n* 9. a sententia Principis recursum haberi ad ipsummet Principem, ut caussam revideat. Attamen Gail. 1. *Obs. ult. in fin.* appellationem huiusmodi absurdam vocat, concordi statuum voto reiectam, quippe cum Cæsar tot Procerum Senatu stipatus sententias inconsulte non proferat. Et Heig *d.* Q. 10. *n.* 18. *& seqq.* nullum ei locum esse posse, nisi ubi ad relationem & falsam suggestionem alterius a Principe iudicatum. Quod si caussa examinata, partibus auditis, in sacro auditorio lata sententia, quis Principem incuriæ aut negligentiæ arguet, cum & conatus ita terminatam quæstionem exquisito suffragio refricare annitentis, ignominiæ aliisque pœnis coercestur, *L.* 2. *C. ne lit. pend.*

24) Num & a Rectore vel Senatu Academico? Sunt qui negant posse sine periurii reatu, Rebuff. *Privil. Schol.* 158 Sed de hoc vid. P. Gregor. 4 *de App.* 13 & Math. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisd. P.* 3. *C.* 12. *n.* 63. *& seqq.*

25) Quia executio iudicij, qui sententiam tulit, tribuenda potius quam exsequenti, qui nudam facti explicationem duntaxat, veluti instrumentum iudicis, habet, ac de novo nihil facit, sed mandantis factum persequitur, Ioan. Wamesius *ad d. Cap.* 43 De appellatione ab excessu in exsequendo, item a Pronunciatione de exsequendo &c. utiliter consules Marant. *h. t. n.* 259. *& seqq.* P. Greg. 1. *de App.* 11. Trentacinq. 2. *Pract. Res. h. t. Resol.* 12 Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. Part.* 2. *§.* 3. *& P.* 5. *§.* 15. Gail. *de Arrest. imperii. Cap.* 11. *n.* 20. Mynf. 3. *Obs.* 32 Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 38 *n.* 6. *&* 7. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 33. *n.* 14. *& seqq.* Scip. Gentil. 2. *de Iurisd.* 31. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius. Cap.* 2. *n.* 159. Coler. *Cons.* 2. Wes. *Cons.* 100. *Decis. noviss. Rota* 100. *P.* 1. Anton. Fab. *C. suo h. t. defin.* 28. *& seq.* Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 29. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 3. *Decis.* 28. *n.* 6. *& seq. Tomo* 3. *Decis.* 7. *n.* 11. *&* 2. *seqq. ac Tomo* 4. *Decis.* 4. Confer. M. Anton. de Amatis *Decis.* 75. Surd. *Decis.* 27. ubi tractat num liquidatio instrumenti gaudeat privilegio, ne appelletur.

Digitized by Google

appell. nisi si dicatur male sententiam interpretari. Ubi hactenus appellandi facultas est, ut in caussis appellationis reddendis hoc solum quæratur, An iure interpretatum sit. *L.* 4. *D. de app.* Is videtur male sententiam interpretari, qui indicationis modum excedit. *L.* 5. *C. quor. app. non recip.* Quod non solum in civilibus caussis, sed etiam in criminalibus valere debet. Sunt enim hodie pœnæ fere extraordinariæ. Si legitimæ essent, ut quæ legibus publicarum quæstionum constitutæ sunt, non licet a pœna appellare, quia hoc esset a lege appellare; quod non licet. *c. consuluit, extr. de app.* Nunc ut dixi, sunt extraordinariæ & arbitrariæ. *L. hodie, D. de pœn.* Si igitur in executione modus excedatur, æquum est [26] licere appellare. Et hæc olim differentia fuit inter pœnam & mulctam: ab illa enim non licebat appellare, quia lex, non iudex eam statueret; ab hac [27] licuit semper, quia iudex infligit. *L. quia pœna,* & ibi *Accursius, D. de verb. signif.*

XIX. Iam vero & caussæ quædam sunt, de quibus appellatio non recipitur. Et ius in re ita se habet, ut sive res, de qua iudicatum est, dilationem non ferat, eademque ad utilitatem publicam pertineat: sive sententia quamvis confirmata, vel nihil, vel non admodum noceat adversario: sive quod fieri debet, id ex edicto perpetuo, vel alio certo iure decernatur: non admittatur appellatio: quia res sint eiusmodi, de quibus sententiæ executio differri debere non videatur.

XX. Primi generis est, si agatur, ut [28] frumentum in usum militum, in annonæ subsidia contrahatur. *L. ult. D. de app. recip.* Eodem referri debet, quod constitutum est, ne in re appellare liceat, quod fisco aut Principi deberi evidenter constiterit sive ex contractu debeatur, sive ex tributorum aut publicorum caussa. *L.* 4. *L. ult. C. quor. ap. non recip.* Nihil enim ex iis quæ fisco aut privato ærario Principis debentur differri posse videtur sine incommodo publico. Non abs re est, quod dixi in re appellari non licere, quod fisco deberi evidenter constiterit. Nam primum in his quæ fisco vindicantur, ut bonis vacantibus, & iis quæ ut indignis legibus auferuntur, constitutum est lata sententia [29] provocari posse. *L. lata, C. de app.* Tum autem in *L. quoniam nonnulli, C. de app.* significatur & fisci debitores posse provocare. Quod ita eum superioribus conciliandum est, ut intelligatur id eis facere licere hac conditione dum querantur se non aperte esse convictos. Et hoc est, quod dicitur in *L. penult. D. de app. recip.* posse adversus fiscum appellari.

XXI. Ad secundum genus pertinet, quod constitutum est appellari non licere, ne testamentum aperiatur, neve heres scriptus in possessionem [30] inducatur *d. L. ult. D. de app. recip.* Quid enim æquius, quam id statim concedi, quod petenti prodest, deneganti adversario nihil nocet? Utrumque vero horum usque eo æquum visum est Gratiano, Valentiniano, & Theo-

26) Vult hoc Donellus quod etiam convictus de crimine, & confessus possit appellare a pœna, conquerendo non quod delictum non commiserit, sed quod pœna iusto acerbior. Convenit Cuiac. 8. *Obs.* 33. sed repugnant Gœd. *ad L.* 131. §. 1. *de VS. n.* 7. & Rauch. *P.* 2. *Q.* 8. *n.* 19. *& seqq.* Quam litem non dirimo, pinguius autem *d. L.* 13. accipi a Cuiacio & Donello, non ambigo. Enimvero inveterata Germaniæ consuetudine appellationes in criminalibus illicitas esse, notant Mynf. 4. *Obs.* 41. *& Decad.* 1. *Resp.* 7. *n.* 12. Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 28. *&* 1. *de Pace publ.* 20. *in fin.* P. Frider. 1. *de Processf.* 9. *n.* 7. *&* 2. *de Mand. indic.* 27. *n.* 32. Et in plerisque Italiæ partibus a sententia criminali nec definitiva nec interlocutoria, appellari, nisi in casibus habentibus pœnam mixtam, scribit Petr. Caball. *Resolut. criminal. Casu* 100. *n.* 17. & de Belgii consuetudine testatur Leonin. 7. *Emend.* 6. *n.* 5. Amplius Scaccia 1. *de Iudic.* 97. *n.* 62. totius fere orbis Christiani statutis ita caveri. In quem morem etsi acrites invehantur Brosdæ. *Supplem. Hist. fori Pollotti Lib.* 5. *Cap.* 16. Sich. *in L.* 16. *C. de iure delib. n.* 24. & Scip. Gentil. 3. *de Iurisd.* 11. gravi tamen ratione non caret. Sed de eo vid. præter iam citatos P. Greg. 2. *de App.* 8. Besold. *h. t. n.* 3. *&* 4. Bender. *de Revisione Camel.* 33. Io. Wamef. *ad Cap.* 5. §. *præterea extra h. t. n.* 2. Knich. *de Sax. non provoc. iure.* v. *un. Cap.* 2. *n.* 9. *& seqq.* Bocer. *de Iurisd. Cap.* 3. *n.* 83. *& seqq.* Pausmeist. 2. *de Iurisd.* 4. *n.* 153. *& seqq.* Danth. *de Testam. n.* 208. Colet. *Decis.* 132. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 8. Moller. 4. *Semest.* 32. ubi hoc non ita indistincte obtinere ostendit. Tempore Friderici II. receptam fuisse, patet ex Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 27.

27) Illic de iniquitate hominis conqueri licet, cuius arbitrium exorbitare potest, hic legis iniquitatem incusare non licet. Nam ut a Principe appellari nequit, quo nullus superior, ita nec a lege, Govean ad *L.* 1. *de iurisd. n.* 8. Io. Wamef. *ad C.* 3. *extra h. tit.* Gœd. *ad L.* 131. §. 1. *de V. S. n.* 7. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 305. vid. & Mynf. 3. *Obs.* 46. Gutierrez *Lib.* 1. *Pract. Q.* 50. *n.* 2. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 17. *n.* 17. *& seq.* Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 6. *n.* 46. *& seqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 6. Besold. *h. tit. Cap.* 7. *n.* 5. *&c.*

28.) Vulgo DD. hoc ad caussam alimentorum privatis debitorum protrahunt, varie tamen distinguentes, utrum petantur iure actionis, an officio iudicis, num futura an præterita, num inops sit qui petit vel secus, & inde appellationem quandoque non admitti docent, quandoque illi effectum devolutivum concedunt, suspensivum autem negant. Adi Petr. Barbos. *in L.* 1. *D. sol. matr. Parte* 1. *n.* 56. *& seqq.* Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 106. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 66. Reusner. *Lib.* 1. *Decis.* 15. *noviss. Decis. Rota* 764. *P.* 1. P. Æmil. *Decis. Rota* 39. *P.* 1. Fachin. 1. *Contr.* 77. Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 19.

29) Vid. Marant. *h. tit. n.* 300. qui distinguit an de lucro an damno agat Fiscus, & P. Greg. 2. *de App.* 9. qui ita ut Donellus, ubi & eandem caussam decimarum statuit. De quo Marant. *n.* 304. Mynf. 5. *Observ.* 10. Hartm. Hartm. filius *Addit. ad Observ.* 9. *in Miscell. C.* 21. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 22. *n.* 6.

30) Vid. Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 6. *Declar.* 6. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 807. *& seqq.* Fachin. 1. *Contr.* 76. Sic nec a sententia, qua quis mittitur in possessionem, Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 6. *n.* 16.

& Theodosio Imperatoribus, ut pœnam viginti librarum auri denunciarint, non tantum ei, qui adversus hæc provocaverit; sed etiam iudici, qui receperit appellationem. *L. quisquis, C. quor. app. non recip.* Ex hac ratione est, quod placuit etiam a sententia, quæ de possessione lata est, appellari non posse. *L. unica, C. si de momen. poss. fuer. app.* Etsi enim aliquid incommodi est, adversarium possessorem pronunciari propter onus probationis: non est tamen sententia eiusmodi, quæ plenum præiudicium afferat victo; quia plenior cognitio de proprietate, & iusta possessione in directum iudicium differatur. Unde & possessio de qua ante iudicium proprietatis iudicatur, momentaria dicitur 31 in *d. tit. C. si de momen. poss. fuer. app.*

XXII. Postremi generis est, si appelletur, ne bonorum possessio, unde liberi ex Carboniano edicto decernatur impuberi, cui sit controversia, an sit inter liberos, item ne pignus vendere liceat: de quibus in *d.* 32 *L. ult. D. de app. recip.* Cæteræ caussæ sunt 33 eiusmodi, ut in his sive maiores, sive minores sint, ius sit provocandi. *L. & in maioribus. L. si quis. C. de appell.* Itaque etiam a sententia, quæ pro libertate dicta est appellari potest, quanvis adversus eam cesset in integrum restitutio. *L. illud, D. de app.*

XXIII. Quod ad genus sententiæ attinet, non est visum utile Romanis ab alia sententia appellari posse, quam ab ea, qua finis liti imponitur, quam ideo definitivam vocant. *L. permit. C. quor. app. non recip.* Itaque vetant ab interlocutione ante eventum eius sententiæ appellari: præterquam si iudex id fieri iubeat, cuius facti damnum aut iniuria sententia definitiva 34 sarciri non potest; veluti, si quæstionem in civili negotio habendam iudex

31) Et ita de quovis possessorio *d. L. un.* accipit Donellus vid. *supra Lib.* 17. *C.* 4. *n.* 23 vers. *est autem*, Cui consentit Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 194. quia præiudicium modicum, in iudicio proprietatis reparato facile, & Sarment 2 *Select. Interpret.* 13. qui summariissimum possessorium, quod vocant, iuri ignotum censet, cum olim quodvis possessorium longe citius, quam summariissimum hodie solet, expediretur. Enimvero ea quo uso hodierno lis de possessione sæpe longissimo durat tempore, eo inspecto non incongruum est, *d. L. un.* ad summariissimum istud restringere. Quomodo & Camera in plenario possessorio appellationem recipit, Gail. 1. *Observ.* 7. *n.* 7. De appellatione a possessorio plura expetens, adeat plures antiquos relatos Tiraquel. *Tr.* Le mort saisit le vif *P.* 6. *Declar.* 6 *n.* 5 Ex nuperioribus, quos nos adivimus, Gomez & Sarment. *dd. loc.* Oldend. *de iure & civitate Tit.* 12. M[illegible] *in Sing. Remed. maxime* 9 *Recup. n.* 316. *& seqq.* Costal. *in L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 1. n 8 Vasq *Contr usu freq.* 38 *&* 40. Vestr. *Pract. Lib* 7. *Cap* 3. *n.* 5. *& seqq.* Maranta *h. tit. n.* 305 *& seqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 5. Besold. *h. Tr. C.* 7. *n* 9. Trentacinq 2. *Pract. Resol. h. tit. Resol.* 14. Mynf 6 *Observ.* 13 Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 12. Hartm. *Tit.* 19. *Observ.* 24 Wes. *Cons.* 1. Decian. *Vol.* 1. *Resp.* 45. Afflict *Decis.* 269. M. Anton. de Amatis *Decis.* 15. *& Decis.* 88. Vinc. de Franch *Decis.* 288. Achill. de Grassis *Decis.* 146. Cacheran. *Decis.* 25. *&* 47. Pachinæ. 1, *Contr.* 75. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 6.

32) Generatim si sententia notorie iusta, vel ex confessione appellantis, quia si ideo a præfecto Prætorio non appellatur, quia creditur iuste iudicaturus, magis quando vere constat, & sic iustitia iudicii caussa inhibendæ appellationis. Salomonius *in L. un de offic. præfect. prat.* add. *not. supra N.* 3. Et ita nostri non recipi in notoriis, vid. Marant *hoc tit. n* 293. Vestr. *Pract. Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 13 *& seqq* P. Gregor. 2 *de Appell.* 26. Besold. *hoc tit. Cap.* 6 *n.* 2 in debitis liquidis, vid. Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap* 11. *n.* 20. & Coler *de Process exsec P.* 4. *C* 2. *n.* 18 *& seq.* a sententia de reddendis rationibus, Munnoz. *de Ratiocin Cap.* 4. *n.* 5. a iudicio sortis, quia gravamen infertur a fortuna, cui non est superior, post alios Tiraquel. *de iure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1. *n.* 95. Sebast. Medic. *de Casibus forensi. P.* 2. *Q.* 10 *n.* 141. Zobell. *Diff iur. civ. & Sax.* 42. *P.* 1 *n* 6. *&* 7. Marant. *hoc tit. n* 257. P. Gregor 2 *de Appell.* 19. Bredcrod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 20. Ventur. de Valent. *d. Lib.* 2. *Cap* 5. *n* 10.

33 Plures tamen caussæ exceptæ apud Interpretes habentur, quarum aliquas iam retulimus in præcedentibus, & Lanc Conrad. *de Offic. prat. in causs. civil* V. *appellatio n.* 9. *casus* 80. quibus appellare non liceat, recenset Marant. *h. tit. n.* 280. *usque ad n.* 366. caussas 45. refert. Inter quas caussæ iureiurando delato a parte adversa decisæ, vid. *d. N* 3. *ad Commentar. in Tit. D. de iureiur Cap.* 9. *&c.* Studiorum, si in eorum favorem lata sententia, vid. P Greg. 2. *de App.* 24. mercedis pauperi debitæ, *Decis. Rota noviss.* 764. *P.* 1. an & cuiusvis piæ caussæ, vid. Tiraq. *Privil. pia causs.* 153. an & dotis, vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *seqq n.* 54 Et immo iure civili in caussis minimis exiguæ summæ non appellari, censet Marant. *h. t. n.* 326. *& seq.* exponens in *d. L.* 20. *maioribus*, id est criminalibus, *minoribus*, id est civilibus. Attamen Pontifex *C. de appell.* 11. *extra hoc tit.* pro quacunque levi & minima caussa, ut deferatur appellationi præcipit. Sane Imperator Iustinianus *Novell.* 31. *Cap.* 1 summo se studio cavisse memorat, ne appellationes intra 500. solidos ad aulam suam deferantur, add. *Novell.* 23 *Cap.* 3. Facit *Novell.* 69 *Cap.* 1. *in fin.* Hodieque non tantum certa quantitas præscripta, intra quam consistentes lites provocatione ad Curiam imperii devolvi nequeunt, vid. *not. supra Lib.* 17. *Cap.* 9. *N.* 10. *sub fin.* & confer. P. Greg 3. *de Appell* 16. Sed & plerisque imperii statibus privilegia indulta, ne intra certam summam ab iis Camera appelletur, quæ immerito damnat Blarer. *in L. diffamari Cap* 10, *n.* 34.

34) Ita & post Bart. Theod. Straitman. *Antinom. LL. civil. Cap.* 24. Broidæ. *Supplem. Hist fori Palleste Lib.* 5. *Cap.* 17. *pag.* 549 Bronch. 2. *Misc.* 73. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 151. Zoanet *Rer. Quotid. Cap.* 21. *n.* 8. *&* 9. Blaret. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 8. *& seqq.* Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 14. aut si ægre reparari possit, ut si reiecta probatio, Surd. *Decis.* 35. *n.* 13 Quod est contra *L.* 36. *h. t.*) si in caussa appellationis examinari non possit. *L.* 9. *Qui sat. cog.* Alb. Galeot. *Margarita aurea. Rap.* 26. *n.* 2. si vim definitivæ habeat, Matthesilan *Sing.* 39. *ibique in annot* Gabr. Sarayna, & DD. citati & citandi passim, ubi ita procedendum ac si a definitiva appellatum esset, Thom. Trivisan *Lib.* 1. *Decis.* 53. cum alias in appellatione ab interlocutoria ipsum gravamen expresse designare oporteat, (vid. Menoch 1. *Præsumpt. Q.* 45. *n* 11 Coler. *Decis.* 269.) nec postea alia producere liceat; a definitiva vero non necesse sit instrumento appellationis exprimere, ut *infra N.* 43. Damhuder. *Prax. civ. Cap* 236 *n* 6. Et ubi a tali interlocutoria quæ ius alicuius totum absorbet appellatum, postea non locum esse appellationi a definitiva, tradit post Gofred. idem Damhuder *Prax. Civil. Cap.* 144. *n.* 13. Sed & si appellatio huiusmodi non admissa, ceu frivola, neque a reiectione ea quoque appellatum, censetur deserta ita, ut tale gravamen per appellationem a definitiva deinde reparari nequeat, quod notandum, Mynf. 2. *Obs.* 49. Plura de his expetens petat ex laudatis iam auctoribus locis citatis. Quos præter consuli quoque possunt Menoch. *Arb. Cap.* 490. *& Adip. possess. Remed* 4. *n.* 807. *& seqq.* Marant. *hoc tit. n.* 140. *& seqq.* P. Gregor. *de App.*

index interloeutus sit, vel in criminali, si contra leges hæc faciat. *L.* 2. *D. de appell. recip.* Exemplum est etiam in sententia pro ætate minoris dicta, a qua placet statim appellari posse, antequam de reliquis caussis in integrum restitutionis cognitum, & de in integrum restitutione iudicatum sit. In *L. intra. D. de min.* Nempe ideo, quia sententia dicta pro ætate præiudicium certum adfert reliquæ cognitioni, quod nisi præsente appellatione arceri non potest. Et merito vetant. Nam si licebit, ut quidque dilationibus, aut testibus producendis, instrumentisve proferendis, aut de loco vel tempore cognoscendi, in quavis parte iudicii iussum, vetitumve erit, contra appellare, ex una lite [35] infinitæ non necessario nascentur, fientque adeo lites immortales. Quod ita esse Gallia contrario iure usa magno suo malo iam pridem experitur. Neque ideo interlocutio, quæ iniusta videbitur, litigatori nocebit. Nam si dilatio, exempli gratia mihi denegata, aut adversario concessa, mihi ad victoriam nihil nocet, cum mihi liceat ab ea appellare; sin caussæ damnum attulit, quod quomodo contingat (dixi sup. lib. XXIV. cap. 6.) est quidem æquissimum hanc iniuriam corrigi; sed satis esse debet, si re iudicata in eam rem mihi idonee consulatur. Quod quomodo fiat ibidem a me expositum est. Idem dicimus in cæteris omnibus, quæ iudex iubeat aut vetet.

XXIV. Iure autem Canonico generaliter & ab interlocutoria & omni gravamine appellare licet, *cap. super, extr. de appellat. cap.* 1. *eod. tit. lib.* 6. *cap.* 2. *de dol. & contum. eod. lib.* imo etiam a futuro gravamine, cuius scilicet iusta [36] suspicio videatur, *cap.* 2. *extr. de coniug. serv.* & *cap. cum dilecti. extr. de dol. & contum.* adeoque etiam ante litem contestatam. *cap.* 1. *de appell. in* 6. Et quidem etiam extra iudicium in omni loco, parte adversaria præsente; quæ proprie provocatio vel interpellatio est ad caussam agendam magis, [37] quam appellatio: & fere contemnitur. *d. cap.* 1. & *cap.* 2. *de dol. & contum. in* 6. Quæ omnia a iure civili abhorrent; ut & illud sine voce ulla, sine literis ullis licere appellare solo facto, puta [38] eundo ad Pontificem, *cap. dilecti,* 52. *extr. de appellat.* vel submittendo se patrocinio tuitionive eius, *cap. ad audientiam,* 34. & *cap. dilectis,* 55. *extr. de appellat.*

XXV. De numero appellationum breve est, quod iure constitutum est. Nempe vetat in eadem lite, eadem de re [39] tertium provocare. *L. unica. Cod ne liceat in una ead. caus. tert. provoc.* & *cap. tua nobis.* 65. *extr. de appell.* iuncto *cap. directæ.* 39. *eod. tit.* Dixi, quibus de caussis in totum prohibeatur iure appellatio. Videamus quod est proximum, quoniam cum ea admittitur, non admittitur nisi certa lege, quid in ea re facto

App. 4. Befold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 6. 7. 8. Trentacinq. 1. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 13. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 41. *usque ad n.* 16. Octav. Vestr. *Pract. aula Rom. Lib.* 3. *Cap.* 16. *& Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 2. *&* 3. & utrobique Gravat. Ayrer. *Process. Parte* 1. *Cap.* 6. *Obs.* 4. Mynf. 4. *Obs.* 46. Gail. 1. *Obs.* 129. *& seq.* Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 14. Stratic. *Obs. Pract. Cap.* 9. *&* 10. Gnid. Pap. *Decis.* 10. 12. 74. *& seq.* ibique senotatores, Cacher. *Decis.* 6. M. Ant. de Amat. *Decis.* 59. Io. P. Surd. *Decis.* 36. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 59. Ant. Gamma *Decis.* 159. Gilm. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 10. *n.* 58. *& seqq. & Decis.* 30. *ac Lib.* 2. *Decis.* 16. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. *& def.* 3. *ac seqq.*

35) Hæc ratio redditur in Constitutione Iustiniaei ex Basilicis restituta a Cuiac. 12. *Obs.* 3. & est nunc *L.* 36. *C. h. t.* Ac censetur frustratoriæ dilationis caussa interponi, *L.* 2. *C. de Epis. aud.* Et appellatio ab articulo inhibetur, *L.* 5. *Cod. Quor. app. non recip.* ubi Cuiac. 12. *Observ.* 6. articulum exponit interlocutionem, etsi aliter Alciat. 11. *Parerg.* 12. ita accipiens, quod si Appellans dicat exsecutorem modum excessisse, adversarius autem neget, tunc super articulo lis, ut iudex appellationis cognoscat caussa appellationem recipiat nec ne. Diss. Bart. *ad L.* 39. *de minor.* scribens nulla lege vetari, ne ab interlocutione contra leges prolata appelletur. Plane ius Saxonicum consuetudinarium in hoc Canonico convenire, notant Reinhard. *inter Diss.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 41. *n.* 9. Coler. *Decis.* 269. Sed Camera ex dicta ratione sequitur ius civile, Gail. 1. *Obs.* 129. Speciale quoque favore studiorum, ut ab interlocutoria iure civili teneat provocatio, ut Rebuff. *Privil. schol.* 163. Pac. *ad auth. habita Cap.* 9. *n.* 30 & alii.

36) Modo non nimia vaga sit & generalis, vid. Marant. *hoc tit. n.* 354. P. Gregor. 2. *de App.* 18. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 9. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 36. De appellatione ab incarceratione vid. P. Greg. 2. *de App.* 4. *n.* 18. *& seqq.* Guid. Pap. *Decis.* 235. *& seq.* Wes. *Cons.* 43.

37) De appellatione hac extraiudiciali, quæ non suspendit gesta, sed protectioni superioris subiicit, ne gravamen inferatur, nec inhibitio inde decerni solet, ac fere vim conventionis habet, vid. Gail. 1. *Obs.* 120. Marant. *hoc tit. n.* 278. *& seq.* P. Greg. 1. *de App.* 15. *&* 12. *ac Lib.* 4. *Cap.* 16. Befold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 12. & quos longa serie laudat Simon. Gunther. *Thesauro practicantium in explicat. Tabula analyt. etc. n.* 75.

38) Vid. Lancel. Conrad. *de Offic. prat. in caussis civil. v. appellatio n.* 11. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ultim. n.* 6. ibique Gravat. *n.* 27.

39) *Novell.* 82. *Cap.* 5. Itaque Plato olim definivit *Dial.* 6. *de LL. fol. m.* 857. Si duo iudicia litem dirimere non possunt, tertium actioni finem imponat, vid. idem *Dial.* 12. *de LL. fol. m.* 953. Requiruntur autem tres sententiæ conformes. Nam qui bis vicit, tertio victus, ipse quoque bis appellare potest, ut ita quatuor appellationes fieri possint in eadem caussa, licet non plures duabus ab eadem persona, Maranta *hoc tit. n.* 280. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 25. In Camera tamen appellatio quoque tertia eiusdem recipitur, ne aliat status imperii in suis ditionibus plures instantias constituendo iurisdictioni supremi tribunalis eludere possent, Gail. 1. *Obs.* 72. *n.* 3. Mynf. 1. *Obs.* 15. Blarer. *in L. diffamari. Cap.* 10. *n.* 34. Plura de his Maranta *d. n.* 280. *& seqq.* Matthesilan. *ad L.* 1. *Cod. Ne lic. in ead. caus.* Tesseur. *Decis.* 122. *&* 128. (ubi an sententia nulla faciat eumerum. Confer. Mynf. 6. *Obs.* 4.) M. Ant. de Amatis *Decis.* 55. Pegnera *Decis.* 187. Aeton. Sola *ad Constit. antiq. Sabaudia rub. de conclus. caussa decreto ut nihil etc. Parte* 3. P. Gregor. 2. *de Appell.* 25. Befold. *hoc tit. Cap.* 6. *n.* 3. Trentacinq. 1. *Pract. Resol. hoc tit. Resol.* 15. In caussis contra Clericos vel Monachos secundo appellare non licet, *Novell.* 123. *Cap.* 21. *pr.* Iure Saxonico post tres sententias, quomodo leuteratio admittatur, vid. Coler. *Decis.* 140.

facto sit opus, quo prætermisso nihilo magis appellare liceat, quam supra.

XXVI. Et in iusta appellatione duo observanda sunt: Tempus appellandi, tum forma & solemnia appellationis interponendæ. Non omne tempus appellationi datum est. Primum adversus sententiam, antequam sententia ipsa lata sit, frustra appellatur. *L. eos*, *§. super*, *Cod. de app.* Post sententiam & quicunque actus est, unde appellari posse diximus, licet: sed ita, ut sit hic quoque tempus moderatum definitum legibus, ultra quod non liceat appellare. Fuit hoc [40] constitutum tempus eius quidem in propria caussa biduum, in aliena triduum. *L. 1. §. biduum*, *§. quod in sententiis*, *§. in propria*, *D. quan. app. sit. L. eos*, *§. penult. C. eod.* Unde tractatum tam multis locis, quæ propria, quæ aliena caussa, *d. L. 1. §. in propria*, *§. tutores*. *L. 2. tota*, *D. quan. ap. sit. L. 3. D. de ap. recip. L. qui suspectum*, *D. de app.* Postea Iustinianus cuilibet, qui appellare vellet, spacium decem dierum dedit. *Novel.* 93. *§. 1. aut hodie*, *Cod. de app.* Hoc tempus in sententiis ex die sententiæ latæ computandum est: in aliis actibus ex ipso actu, unde appellatur. *d. L. 1. §. triduum*, & *§. quod in sententiis*, *D. quan ap. sit*. Quod ita accipiemus, si adversus præsentem pronunciatum fuerit. Nam si fuerit adversus absentem, tempus [41] ex quo quis scit, computandum est: non ex quo pronunciatum est. *L. 1. §. ult. D. quan. ap. sit*. Quisquis intra hos dies non appellat, postea non auditur: adeo ut ne militibus quidem, aut capite damnatis appellandi tempora remittantur. *L. qui suspectum*, in fin. *de appel. L. addictos*, *Cod. eod.* His diebus sciendum est, non computari eos, quibus quis nec eius, qui sententiam dixit, in publico adeundi copiam habuit, cum is post sententiam dictam statim se subduxisset: nec habult copiam eius, ad quem appellavit. Nam alterutrius si fuit copia, præscriptio temporis locum habet. *L. 1. §. dies*, *D quan. ap. sit*.

XXVII. Solemnia, quæ dixi, hæc sunt. Si quidem apud acta ipso die, id est, ilico viva voce quis appellet, satis erit, si dicat, [42] Appello. *L. 2. L. 5. §. ult. D. de app. L. litigatoribus Cod. eod.* Sin vel alio die appellet, vel non apud acta, necesse habet appellare per libellos appellationis summam continentes, quos det & offerat iudici, a quo appellat, qui libelli appellatorii nominantur. *L. 1. §. ult.* iuncta *L. seq. L. cum quidam*, *D. de app. L. eos. §. pen. C. eod.* Hi libelli ita concipiendi sunt, ut habeant [43] scriptum, & a quo dati sunt, hoc est, quis appellet, & a qua sententia. Tot enim sunt, quæ nominatim exigantur in conceptione horum libellorum: nec quidquam amplius in *L. 1. §. ult.* iuncta *L. 3. in princ. D. de appellat.* Unde intelligi potest, nec eum adversus quem appellatur, nec caussam appellationis, nec eum [44] qui appellatur, necesse esse libellis comprehendi, quanquam omnia ista adiici

40) *L. 20. §. 1. d. t. L. 3. de appell. recip.* Briss. 2. *Antiq.* 19 Ordinatione iudicii Curialis Ducum Saxoniæ lapsus bidui leuterationem ut impediat, vid. Coler. *Decis.* 291.

41) Nisi Procurator adfuit, *d. L. 1. §. ult. Quan. appel.* Gail. 1. *Observ* 139. *n.* 9. Wurmser. *Tit.* 24. *Observ.* 3. Hartm. Hartm. *Tit.* 19. *Observ* 3. *n.* 1. Sed de hoc adi Trentacinq. 2. *Pract. Resol hoc tit. Resol.* 4. Et nisi ad publicationem sententiæ citatus non venit, per ea quæ Coler. *d. Decis.* 291. Nec exspectandus dies conditionis, si sub ea dicta sententia, *d. L. 1 §. 5. Quan. app.* quia licet ante illius eventum vis iudicati se non exerat, tamen iudex dum fert sententiam, ea partem gravat, Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 237. *n.* 4. Curritque hoc a momento ad momentum ipso die appellationis ona computato, Wurmser. *d. t.* 24 *Observ.* 2. Hartm. *d. t.* 19. *Observ* 2. Myns. 2. *Observ* 3 *&* 3. *Observ.* 11 Nec partium consensu, ne quidem per modum compromissi, extendi potest, Mynsing 2. *Obser.* 68. *&* 3. *Observ.* 11. Moll. *ad Novell Elect. Sax.* 1 *P* 1. *n.* 3 Vestr *Lib.* 7. *Pract Cap.* 3. *n* 20. ibique Gravat. Et intra hoc declarari debet, ad quem intendat appellans prosequi appellationem, M. Ant. de Amat. *Decis.* 160. post Imol. *Cons.* 101. *Lib.* 2. *&* *Cons.* 12 *n.* 2 *&* 3 *Lib.* 6. si nempe plures sint superiores in eadem iurisdictione concurrentes, ut præventioni locus sit. Hoc tamen alii & post manifestam posse volunt, dum petuntur apostoli, aut appellatio introducitur, Zang. *in Prælect. ad C.* 2 *extra h. t.* De hoc decendio eiusque computatione consule quoque Tiraq. *de Ret lignag.* § 35. *Gl.* 4 *n.* 9. *&* 10. Menoch. 2. *Præ ampt.* 95 Gail. 1. *Observ* 139. Frider. 1. *de Process. extrah.* 8. M. Antonin. Bard. *Tr. de Tempore utili & continuo*, P. Gregor. 6. Besold *h Tr. Cap.* 8. *n.* 1. *&* 2. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 6. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10 *n.* 34. Fachin. *Lib.* 3 *Cons.* 27. Franch. Pictl. *Cons.* 177. Fr. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 266. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 26. Iure Saxonico etsi cautum sit, ut appellationes confestim lata sententia fiant, *Auff vnverzuaadiem Fusz*, *Lib.* 2. *Artic.* 6. *sub fin.* ea tamen dispositio fere non servatur, Fachs. *Diff.* 54. *inter Diff.* Zobel. 41. *P.* 1. *n.* 4. Coler. *Decis.* 130. præterquam in litibus metallicis, de quibus ita specialiter sancitum est.

42) Quod sufficit, ut cognitio devolvatur, non autem ut satis introducta censeatur, ne deserta videri possit, A. Fab. *C suo h. t. defin.* 12. vid. Besold. *h Tr. C.* 8. *n.* 3. Ab interlocutoria viva voce interposita non valet regulariter, vid. Gail. 1. *Obs.* 130 Myns. 3. *Obs.* 15. *n.* 13. Wurmser. *T.* 24. *Obs.* S. P Greg. 6. *de Appell.* 1. & alios citatos supra *N.* 36. Noctu an interponi possit, Polydor. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 137. Quod possit diebus feriatis, *supra Lib.* 24. *Cap.* 7. *N.* 19. Damhud. *Praxi civil. Cap.* 229. *n.* 6.

43) Mynsing 3. *Observ.* 15. *n.* 4. Hartm. *Tit.* 19. *Observ.* 15. De apta horum libellorum conceptione Rainal. Corf. 2. *Indagat.* 20. P. Greg 6. *de Appell* 4. Frider. 1. *de Process. extrah.* 7. Quid si statutis loci aliæ solemnitates requisitæ, num iis omissis appellatio subsistit, Gail. 1. *Observ.* 124 Paupertas an excuset in scriptis non appellantem, Gabr. Sarayna *ad Maccheselan. Sing. ult.*

44) Consentit Wurmser. *Tit* 24. *Observ* 8. Et de hoc quoad ius civile convenire DD notat Io. Wames. *in C.* 2. *extra h. t.* quia nulla exinde incertitudo, cum appellatio fiat gradatim, ut *Cap. seq. N.* 7. (quæ tamen ratio non sufficiens, per notata paulo ante *N.* 41) Iure Cano-

Digitized by Google

adiici nihil vetet. Sciendum tamen, eum qui appellatur, sic adiri posse, ut si quis alium iudicem appellet pro alio, si quidem maiorem, vel etiam parem, nihil hic error ei noceat: sin minorem, noceat: id est, perinde habeatur, quasi non appellasset: quia non rite appellavit. *L.* 1. §. *pen.* *D. de app.* Non idem placuit de caussa appellandi, si quis eam adiecerit, hanc si quis certam dixerit, quæ tamen falsa sit, aut quæ ei displiceat, non prohibetur in agendo etiam aliam caussam provocationis reddere. *L.* 3. *ult.* *D. de app.* Illud sciendum est, quod scribitur in *L. illud.* 3. *D. eod.* eum qui provocavit, non debere conviciari ei, a quo appellavit. Quod tamen si fecerit hactenus ei nocebit, non ut nullius momenti sit appellatio: sed ut [45] plecti debeat.

XXVIII. Hæc libellorum appellatoriorum forma & conceptio est. Quos rite conceptos, quoniam supra diximus iudici offerri debere; monendi sumus si forte per violentiam iudicis non liceat ei dare libellos, sufficere [46] publice proponere; interim hoc exigi, ut publice proponantur. *L. cum quidam*, *D. de app.* Ex his apparet, quam multæ caussæ sint, propter quas reiciatur iure appellatio. Ideo ut initio dixi, res hæc iudici, a quo appellatum est æstimanda permittitur. Ut si quam ex his obiiciente adversario subesse animadverterit, non modo ei facultas sit appellationis non recipiendæ: sed eam etiam accipere prohibeatur toto *tit. C. quor. app. non rec.*

XXIX. Sed quoniam hic periculum est, ne iudex appellantem non audiat magis ideo, quia adversus sententiam suam appellari indignetur, quam quod caussam admittendæ appellationis subesse existimet; prospectum est hoc loco appellanti constitutionibus ita, ut vel hoc nomine liceat [47] appellare, quod non sit appellatio eius recepta, cuius appellationis erit idem iudex, qui fieret, si recepta esset appellatio. Placetque ad hanc perveniri hoc modo, ut si Principem appellari oportuit, principi supplicetur: si vero alius appellabitur, nihil amplius necesse sit, quam eum adiri, quod fieri potest, & sine literis dimissoriis: de quibus postea.

XXX. Sed hoc ita, dum intra constituta tempora appellatoria, vel Principem, vel competentem iudicem adeat is, cuius appellatio recepta non erit: hæc in *L.* 5. in pr. in fin. *D. de app. recip.* Intra quæ si is alium pro alio adeat: si quidem Principem, constitutum est perinde id haberi, atque si is aditus esset, qui adiri debuit; sin alium, nihil ei error proderit, ut videatur intra constituta tempora eum, quem oportuit, adiisse: hæc ad istam sententiam in *L.* 5. *D. de app. recip.* Constituta tempora appellatoria, quæ dixi, quæque ita nominantur in *d. L.* 5. in fin. accipiemus non biduum, aut triduum, aut decem illos dies, intra quos supra diximus appellari posse. Neque enim natura patitur, ut intra tam breve spacium, vel Princeps, vel competens iudex adeatur: sed ea tempora, intra quæ res ad superiorem iudicem iubetur ex appellatione deferri. De quibus dicetur postea.

XXXI. Huius ipsius appellationis de qua agimus vis hæc est, ut quemadmodum in recepta appellatione, ita & hic præcipiatur omnia in eodem statu esse, nec quidquam novari; iubeatur præterea is, qui appellationem non recepit, opinionem suam confestim per relationem manifestare, & caussam pro qua non receperit appellationem, eiusque exemplum litigatori reddere. *L. penult.* *D. de app. recip.* *L.* 3. *C. de app.*

XXXII.

Canonico vero, etsi quidam contra velint, cum Papa appellari possit omisso medio, contrariam tamen, ceu receptiorem probat Io. Wames. *d. loc.* *n* 4. *&* 5. quia etsi omisso medio potestas appellandi, non tamen in dubio censetur ea voluntas, sed iure magis communi appellans uti putatur. Ergo qui sic generaliter appellat, proxime superiorem adire debet.

45) Græci habent ibid. *τύπτεσθαι*, quod est verberibus cædi, Leunclav. *Lib.* 2. *Notator.* *Cap.* 120. arbitrio Principis vindicari; Paul. 5. *Sent.* 35. §. *ult.* infamia notari, *L.* 42. *de iniur.* Quod Ræv. 1. *Var.* 3. de eo accipit, qui formulam appellationis ita concipit: *Quia male iudicatum est, appello.* Sed nostri docent, convitium non haberi, si dicatur sententiam iniquam esse, sed si ex corruptione latam, aliisve huiusmodi verbis, quibus dolus aut sordes iudici impingerentur, &c. vid. Guid. Pap. *Sing.* 358. *n.* 8. Lancell. Conrad. *de Off. prat. in cauf. civil.* *v. appellatio* *n.* 4. Vestr. *Lib.* 7. *Pract.* *Cap.* 3. *n.* 31. ubi tamen tutius esse monet, ut addatur; *Salvo honore iudicis*, *&c.*

46) Hinc inolevit appellatio coram Notario & testibus, vid. Marant. *h. t.* *n.* 133. Myosing. 4. *Obs.* 45. Hart. Hartm. & ab eo citati Tit. 19. *Obs.* 4. P. Gregor. 6. *de Appell.* 3. *n* 4. Moller. *ad Novell. Elect. Sax.* 20. *Parte* 2. Quæ apud nos valet, etsi copia iudicis non desit, ex *d. Novell.* 20. Sed & dictæ Constitutioni suæ D. Augustum Electorem derogasse rescripto suo, ne in Curiis suis recipiantur, nisi coram iudice a quo interpositæ, refert Zang. *Praless. ad Cap.* 4. & aliquot coniuncta *extra hoc tit.* Cum contra iure Civili & Canonico quoties copia iudicis a quo, ei offerenda sit appellatio, Hartm. *d. T.* 19. *Obs.* 6. *n.* 1. vid. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract.* *Q.* 102. *&* *seq.* Ea autem insinuatio iudici a quo fieri potest etiam extra iudicium, Mynsing. 3. *Observ.* 12. nec necessaria est in appellatione ad Cameram *idem* 4. *Obs.* 44.

47) Et itaque cautus sit appellans, & a reiectione quoque, seu negata delatione appellet cum alias reiectio ea & sententia in iudicatum transeant, Gravat. *ad Vestr. Lib.* 7. *Pract.* *Cap. ult.* *n.* 23. Bredérod. *h. Tr.* *Parte* 2. *Tit.* 2. *fol.* 33. Quod & in appellatione ab interlocutoria obtinet ut *supra* *N.* 31. add. P. Gregor. 8. *de Appell.* 2. *n.* 13. Prius autem exspectari debet responsum iudicis a quo, deferatne appellationi an recuset, Hartm. Hartm. *Titul.* 19. *Observ.* 8.

XXXII. Sed non usque eo videtur mihi vis huius appellationis pervenire, ut in eventu, atque in summa cognitionis inter hanc, & eam quæ recepta est nihil intersit. Puto enim si iudex qui appellationem non recepit, opinionem suam per relationem declaraverit, & caussam reddiderit, cur non admitteret appellationem: nihil præterea ex appellatione, quæ ob non receptam priorem appellationem interposita est, apud superiorem iudicem quæri oportere, quam utrum iusta caussa fuerit repudiandæ appellationis, necne. Ac si fuisse caussam constiterit, hic superiorem iudicem ultra progredi non debere. Denique non debere cognoscere de prioris iudicis sententia. Moveor quod ex iis caussis, quas exposuimus, prohibetur legibus iudex recipere appellationem, & quidem ita, ut ex quibusdam caussis, adversus eum, qui receperit, pœna statuatur. *L.* 2. *L. penult.* & toto *tit. C. quor. app. non recip.* Cur quæso, nisi quia id agitur, ne amplius de eadem re audiatur appellans, sed sententia exitum habeat? Quod plane contra fit, si ob non receptam primo appellationem permittitur appellare, & appellatio posterior hoc efficit, ut iterum de eadem re cognoscere, & priorem sententiam retractare liceat. An non etiam illud absurdum est, priorem appellationem ob certas caussas prohibere, posteriorem manentibus iisdem caussis admittere?

XXXIII. Non abs re est, quod tento ratione hanc sententiam efficere. Nam præterquam, quod nusquam eam aperte positam reperio in libris nostris, hoc etiam ad eam prima fronte repudiandam accedit, quod in *L. a proconsulibus, C. de app.* scriptum est in hæc verba: *Si victus oblatam, nec receptam ab iudice appellationem affirmet, præfectos adeat, ut apud eos de integro litiget, tanquam appellatione suscepta.* Quod plane superiori sententiæ contrarium videri potest: sed non ita est. Intelligendum est enim ei rescripto tunc locum esse, cum sine caussa appellatio recepta non est, aut quod tantundem valet, non est caussa a iudice reddita, quam ob rem etiam non recipitur. Nec ad rem pertinet, quod superiora verba rescripti sine distinctione scripta sunt. Observandum est enim rescriptum de his agere, quibus provocare permittit. Nam initio rescripti ita scriptum est: *A proconsulibus & Comitibus, & iis, qui vice Præfectorum cognoscunt, provocare permittimus.* Non permittitur autem his provocare, qui iustis de caussis id facere prohibentur. Atque etiam non pertinere eam constitutionem ad eos iudices, qui iusta de caussa appellationem non admiserunt, facilius ex extremis verbis colligi potest. Minatur enim constitutio supplicium ei iudici, qui appellationem non recepit, si forte is cuius appellatio recepta non erat, apud superiorem iudicem vicerit. Nihil hoc ad eum iudicem, qui iusta de caussa appellationem repudiavit. Etenim si pœnam non meretur, quod iure permittente fit, ut bene scriptum est in *L. Gracchus, C. de adult.* quam videtur pœnam mereri is, qui appellationem non dico permittente iure, sed etiam iubente non recepit?

XXXIV. Sit igitur hæc distinctio constituta: si iudex caussam reddiderit per relationem, cur non receperit appellationem, non debet posterior iudex de sententia prioris iudicis cognoscere prius, quam cognovit, an iusta caussa fuerit necne. Atque etiam si iustam esse ei constiterit, omnino ultra progredi non debet. Quod si aut ille nullam caussam reddidit, aut hanc postea iniustam aut falsam esse compertum est, superiori constitutioni locus est, quæ potestatem facit de integro litigandi non aliter, quam suscepta appellatione. Quemadmodum supra scriptis de caussis appellatio repudiari potest: ita si nulla ex his caussa erit, sic iubetur iudex recipere appellationem, ut si contra faciat, non solum appellare liceat adversus eius repudiationem, & de eadem re ex integro litigare, eo modo, quo supra dictum est: sed etiam pœna sit adversus eum constituta, nec tantum adversus eum, verum etiam adversus officium eius, nisi illi restiterit, atque actis contradixerit. Pœna autem est triginta auri pondo, quæ coguntur illi largitionibus Principis inferre. *L. iudicibus. L. quoniam iudices, C. de app.* De hac re placuit ad Principem referri oportere, ut sit huius iniuriæ vindex. *L. a proconsulibus*, in fin. *C. eod.* Simul & tempus constitutum est, intra quod de ea agere, & pœnam persequi liceret: alias annus, alias sex menses: alias quatuor, idque pro varietate iudicum, ad quos appellatum est. Qua de re cautum est in *L. si appellationem, C. eod.*

CAP.

Digitized by Google

C A P. VII.

Appellationem sic recte introduci, si ad eum iudicem, quem appellari convenit, inducatur iis solemnibus adhibitis, quæ ius præscribit, & intra tempora ad eam rem constituta. Inde tractatum, quis a quo appellandus sit, quæ sint hic solemnia: quid apostoli, quid relatio, quid refutatoriæ preces, quid consultatio, quæ tempora legitima, & qui sint, qui dicuntur in hoc genere fatales dies, quid sit reparatio appellationis.

Continuatio, & tractandarum rerum partitio, seu inducendæ appellationis ordo. I.

Primo, *adeundus appellationis iudex, non alius, nisi, cum provocatur ad principem, illius consiliarii.* II.

A Iudice dato appellatur idem, qui dedit: ab illo cui mandata iurisdictio ille, ad quem quis a mandante provocaret. III.

Quis iudicum appellandorum ordo aut prærogativa in iure Civili. IV. V.

Summæ quantitas ex coniunctis etiam pluribus summis collecta ad principis notionem causam defert. VI.

Superior iudicum ordo Imperii Romanorum proprius: sed modo pro cuiusque gentis & populi instituto alius atque alius: quid ex illo nostris temporibus reliquum. VII.

Iure pontificio licet omissis iudicibus intermediis appellare ad Summum Pontificem VIII.

Quando alius pro alio iudex appellatur, an valeat aut irrita sit appellatio. IX.

Secunda, *appellator ei ad quem provocat offerre debet Apostolos a iudice instanter petitos: qui ab eo dandi appellatori etiam non petenti, & sine dilatione.* X.

Exponitur L. eos, §. Apostolos; *& conciliatur cum L. Unic. D. de* libell. dimissor. *& cum* L. Iudicibus 24. Cod. de Appellat. XI. & seq.

Quid sit opinionis exemplum *sive relatio, quid refutatoriæ preces; qui hæ differant ab Apostolis.* XII. XIII.

Quid sit Consultatio; *& quid hæc ad principem habita relatio differat ab ea, quæ ad ceteros iudices dirigitur.* XIV.

Appellator ut apostolos, ita relationem petere debet instanter & sæpius. XV.

Tertio, *solemnia & stata appellationis introducendæ servanda tempora: tria hæc temporum spatia, & quæ.* XVI.

Reparationem appellationis obtinere etiam iure novissimo, sed eam in appellatione pedaneis iudicibus denegari. XVII.

Item in consultatione, seu ad principem appellatione. XVIII.

Qui sint fatales dies, & quot fatalium lapsus: quomodo dies ii a Iustiniano dilatati. XIX.

Quid sit reparatio appellationis, & a quo impetretur. XX.

I. Recepta appellatione perficiendum est, ut ea rite perveniat ad eum, qui appellatur, &, quod constitutiones dicunt, ut provocatio introducatur in auditorium iudicis: indicatur ad eum iudicem, qui de appellatione cogniturus est: ut apud eum appellator litem appellationis instituendam curet: eam in iudicium eius inducat, eique exordium imponat. Animadvertendum tot modis eandem rem exprimi constitutionibus Iustiniani *L. in offerendis*, ver. *his videlicet. C. de app. L. nemo. L. ultim. §. & cum ante, §. in his, §. illud, Cod. de temp. app.* Id quomodo fiat videamus. Et inducendæ appellationis hic erat naturalis modus, ut adeatur is, quem oportet appellari, & ad eum appellatio deferatur: quæ & ipsa omnino observari convenit. Sed præter hæc ius civile, & alia quædam exigit. Nam & appellationem vult deferri certo modo, & præter appellationem vult quædam una afferri ad institutionem futuri iudicii pertinentia. Postremo & certa tempora præstituit, intra quæ hæc omnia peragantur, quibus prætermissis appellatio pro deserta habeatur. Ex quo est illud Theodosii in *L. præcipimus.* in pr. *C.* de app. *disceptationem iubemus arripi eo ordine, ea observatione iisdemque temporibus, quibus ceteræ quoque lites fatali die, post appellationem in sacris auditoriis terminantur.* Quæ separatim, ut quidque postulat explicemus.

Digitized by Google

II. Ergo in primis eum iudicem adiri oportet, [1] qui de appellatione cognitu-rus est, quod Iustinianus *Nov.* 119. *Ut sponsalit. largit. sit special. contr.* §. *hoc quoque*, & *Auth. si appellatione, Cod. de temp. app.* sic exprimit, opus esse, ut qui appellationem interposuit, occurrat, & præsentiam sui manifestet iudici futuro appellationis. Sed an alius adiri potest? Et Iustinianus ibidem significat, esse interdum alios, quos adiri in hac re sit satis, nempe, eius iudicis quem dixi, consiliarios, aut eos, qui caussas introducunt: *Si is*, inquit, *qui appellavit, occurrat iudici futuro appellationis, vel ejus consiliariis, vel iis qui lites introducunt*. Quod dicere videtur propter eas appellationes, quæ deferuntur ad Principem. De quibus a Theodosio ita constitutum est in *L. præcipimus, C. de app.* ut velit alias esse, cum Princeps ipse iudex sit: alias iubeat consiliarios quosdam suos esse iudices, ubi quos velit, & quibus in caussis definit. Tum hæc addit: sive ipse iudicet, sive quidam ex illis iudicibus, quos constituerat, velle se ut appellationes tradantur iis, qui sunt Principi ab epistolis, seu a libellis, quos ab illis suscipi, & introduci iubet. Quod cum de his nominatim constitutum sit, licet hinc colligere, nisi quem alium leges adiri permittant, non alium adeundum esse, quam eum, qui iudex futurus est appellationis, Nec legimus constitutiones alias id permittere quam cum Princeps appellatur; idque eo modo, quo supra dictum est.

III. Hoc demum loco statuendum est, quem appellari oporteat, ut & hunc suo tempore adeamus. Et multum interest, utrum a iudice dato appelletur, an ab alio, qui iurisdictionem habens pro iurisdictione sua, vel munus deferat, vel iudicet. A iudice dato si appelletur, certa regula utimur, sive primo, sive iterum appellatur, semper unum eundemque appellari, nempe, eum qui dedit iudicem, vel successorem eius. *L.* 1. in princ. *D. quis a quo app. L. præcipimus.* §. *hæc si, Cod. de app.* Adeo ut nihil putetur referre, utrum magistratus ipse elegerit sua sponte iudicem, an eum dederit ex auctoritate Principis, quanvis nominatim iudicem declaramus. *L. ultim. D. quis a quo app.* Longe diversum est, si a decreto, vel sententia eius, qui iurisdictionem habeat, nec in eo iudex datus sit, provocetur. Primum hoc dissimile, quod ab eo nunquam appellatur is, qui iurisdictionem detulit. Nam etsi mandatam quis iurisdictionem habeat, non tamen appellatur [2] is qui mandavit, sed ille qui provocaretur, ab eo qui mandavit iurisdictionem. *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo ap.* Non enim is cui mandata est iurisdictio iudici dato similis est, Ille enim a mandante iurisdictionem eum accipiat, per omnia vice mandantis fungitur, *L.* 3. *D. de off. eius.* ut proinde nihil intersit uter iudicarit. Iudex datus non iurisdictionem accipit, sed tantum iudicandi potestatem. *L. a iudice, Cod. de iud.* Quæ res declarat eum vice magistratus, qui iudicium dedit, non fungi, eoque magistratus iurisdictioni nihil derogare. Non hoc tantum dissimile, sed illud multo magis, quod cernitur in iis, quos appellare oporteat, ab eo, qui iudex datus non sit. Nam præterquam, quod alii appellantur primo loco, alii secundo, etiam in unoquoque gradu, non semper iidem adpellationis iudices observantur.

IV.

1) Is vero oportet, ut maior sit priore iudice. Neque ad compares iudices appellationem referri decet, sed a minore iudicio in maius tribunal adscendere, ut *Nov.* 23. *C.* 4. *C. placuit* 9. *C. anteriorem* 28. §. *illo vidil. Cap.* 2. Q. 6. Nam cum in æqualem, nedum in maiorem minori, nulla sit auctoritas, non convenit, ut hic eius acta gesta convellat, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 319. Matanta *P.* 6. *b.* 5. *n.* 3. P. Greg. 1. *de Appell.* 3. *n.* 2. *&* *Lib.* 4. *Cap.* 1. *n.* 2. *&* 3. Besold. *de Appell Cap.* 4. *n.* 1. *&* 2. Quod quidam de natura, alii de substantia appellationis esse docent, ut contra lege municipii usuve caveri non possit, quin is, qui appellatur, aliqua saltem ratione, superior sit, cum hæc sit signum & pars superioritatis, Wesenb. *Cons.* 43. *n.* 46. & DD. passim. vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ias Cap* 2. *&* *Encyclopadia Cap.* 6. Hinc ea quo Macedonum Regibus Athenienses multum paruerunt, non tamen appellationis, aut querelæ via sententias, aut decreta sua extra urbem & ditionem ad Macedonum tribunalia deferri passi sunt, Ioach. Steph. 2. *de iurisdict.* 11. *n.* 20. *&* *seqq.* Etsi immediata subiectio hinc non ita arguatur, cum non ita substantiale appellationis sit, ut fiat gradatim, P. Gregor. *d. Cap.* 3. *n.* 4. Matth. Steph. *de iurisdict. Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 357. Attamen consuetudine induci posse, ut ad peregrinum iudicem, & a quo non dependet iurisdictio iudicis, a quo appelletur, adiri Coler. *Cons.* 1. *n.* 283. *&* *seqq.* Quomodo olim ea regno Boemiæ provocationes deferebantur ad Curiam Magdeburgensem & Lipsiensem, priusquam appellationum iudicium Pragæ institutum, *Relat Orat Veneti ex aula Imp. Rom. P.* 1. *Thesauri Politici* Phil. Honorii *pag.* 61. Hodieque a Rostochiensi Senato vel Curiam Ducis Megapolensis vel Senatum Lubecensem appellare liberum est. Sicuti & aliæ ad mare Balthicum civitates eundem Senatum appellant. Cuiusmodi Provocationes in vim magis consilii, seu consultationis aut prorogatæ iurisdictionis fieri, censet Matth. Steph. *d. Cap.* 7. *n.* 362. add. Bocer. *d. Iurisdict. Cap.* 3. *num.* 76.

2) De appellatione a delegato, item sententia *d. L.* 1. §. 1. ac conciliatione eam *L. seq.* 2. *&* *L.* 1. *Cod. Qui pro sua iurisdict.* vid. Govean. *ad L.* 1. *de iurisdict. n.* 6. *&* 1. *Var. Lect.* 46 Vacon 6. *Declar.* 84. Zoan. *Restitut. ad Pand. Cap.* 9. Fachinæ. 1. *Contr.* 78. Marant. *hoc tit. n* 386. *&* *seq.* Petr. Greg. 4. *de Appell.* 8. Pet. Gail. 1. *Obs.* 121. Wurmser. *Tit* 24 *Obs.* 5 Hartm. *Tit.* 19 *Obs.* 28. M. Anton. de Amatis *Decis.* 47. Anton. Fab. *C. suo hoc tit. defin.* 30. Confer. Bover. *Sing* 64. *n.* 11. Bodin. 3 *de Rep* 6. *n.* 320. A vicario quis appelletur, Marant. *h. tit. n.* 380 *&* *seqq.* Confer. Cuiac. 16. *Obs.* 2. Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 9. Gerlac. Buxtorf. *Dissertat. in* 17. *priora aurea Bull. Caroli IV. Capita Concl.* 63.

IV. In quo sub posterioribus Imperatoribus, quorum constitutiones exstant, in Codice Iustiniani hic ordo fiat, & forma iurisdictionis. A magistratu municipali, aut alio quovis iudice recta appellatur præses in provinciis. Quod colligimus ex *L. hi qui*, *Cod. de app.* Nam cum ibi posuissent Imperatores, eum, qui ad munus vocatus erat appellasse: Ex eo ipso consequens esse volunt, ut ille apud præsidem Provinciæ caussam agere debeat. *Cum igitur*, inquiunt, *ad munus vocatus appellaveris apud præsidem provinciæ, iuste te appellasse ostende*. Quibus verbis aperte significant, quæcunque prima appellatio interposita est, hoc ipso, quod est interposita, præsidis esse cognitionem. Nisi forte caussam fuisse putamus, cur a delatione muneris recta appellaretur præses, non appellaretur autem idem a sententia eiusdem magistratus. Et sane cum supra magistratus municipales solus esset præses in provincia, qui iuridicundo præesset, quem tandem alium præter præsidem provinciales appellarent? Quod si in provincia aliqua, aut aliqua regione præsides nulli essent: placebat appellationem Romam deferri, eiusque appellationis iudicem esse Præfectum urbi. Ut de iis provinciis & regionibus constitutum est, quæ enumerantur in *L. cum appellatio*, *Cod. de appell.* Romæ qui primo loco cognoscerent, prætores fuerunt. *arg. L. si quis ex aliena*, *D. de iudi.* Ideo non appellabantur ipsi, nisi iudicem dedissent: sed ab his erat provocatio. Qui autem ab his [3] appellaretur, fuit præfectus urbi itidem, ut in provincia, cum a sententia, aut decreto inferiorum magistratuum non erat alius in provincia, qui appellaretur, ut cautum est in *L. si apud*, *C. de app.* A præsidibus provinciarum, ac perinde a [4] præfecto urbi appellabatur Princeps. Huc pertinet *L. a proconsulibus*, *in pr. C.* de app. *A proconsulibus*, ait Constantinus, *& Comitibus*, *& iis qui vice præfectorum cognoscunt*, (omnes hi Præsidis appellatione continentur. *L. 1. D. de off. præsid.*) *sive ex appellatione*, *sive ex delegatione*, *sive ex ordine iudicaverint*, *provocari permittimus: ita ut appellanti iudex præbeat opinionis exemplum*, *& acta cum refutatoriis*, *suisque literis ad nos dirigat*. Hæc omnia ad se dirigi vult Princeps non alia de caussa, quam quod appellatio ad eum referatur. Et quod ait; *sive ex appellatione*, hunc sensum habet: sive superiores illi iudicaverint ex appellatione, quæ ad eos interposita erat, sive iudicaverint *ex delegatione*, quod essent videlicet a nobis delegati: sive iudicaverint *ex ordine*, id est, tum, cum ordo iurisdictionis primo loco iis cognitionem caussæ detulisset. Sed in ea appellatione qua princeps provocatur varii iudices pro genere appellationis constituti sunt.

V. Exstat Theodosii constitutio, cuius initium est: *Præcipimus*. *C. de app.* qua primus de hoc genere ita cavit, ut vellet interdum Principis audientiam, & cognitionem expectari: interdum hac non expectata statim alios esse eius appellationis iudices, quos vice Principis vult cognoscere. Principis audientiam tunc expectari vult, cum a sententiis illustrium & magnificorum iudicum fuerit appellatum, a quibus modo appellari potest. Quales sunt Præfectus urbi, magister officiorum, quæstor palatii. *L. ult.* verf. *ultionis*, *C. ubi senat. vel clar. d. L. præcipimus*, in pr. illic: *Virum illustrem*. Quo eodem ex loco constat, præfectum prætorio esse ex numero illustrium: sed is est a cuius sententia non possit appellari, ut supra diximus. *L. a proconsulibus*, *C. de app.* Alios iubet esse iudices, cum appellatur a sententiis spectabilium tantum iudicum, quales fuisse proconsules, præfectum augustalem, comitem Orientis ostendit Accursius ad *d. L. præcipimus*, in pr. Idem statuit & Theodosius & tunc, cum appellatum est a iudice privato, non illustri, quem Princeps antea dederit. Iudices autem huius appellationis simul duos & eos certos statuit: præfectum prætorio, & una quæstorem Sacri palatii. Præterquam si a duce appellatum fuerit, in qua specie vult solum præfectum prætorio iure ordinario iudicare. Hæc Theodosius, in quibus quædam sunt a Iustiniano [5] immutata. Nam primum si litis æsti-

3) *L. 13. C. Th. eod.* P. Greg. 3. *de Appell.* 14. Aliquando ab iis ad consules provocatum. Valer. *Lib.* 7. C. 7. Langlæ. 7. *Semestr.* 5. *pag.* 332.

4) Olim nec a Præfecto urbi appellari potuisse, statuit P. Bufius 1. *Subtil* 14. per locos Symmachi *Lib.* 10. *Epist.* 29. 41. 46. quæ tamen non hoc, ast contrarium probare videntur. Tametsi & hic vice sacra iudicare dicebatur. Quomodo in antiqua inscriptione, *Parte* 3. *Topographia urbis Romanæ* Iani Iacob. Boissardi *pag.* 109. Neratius Cerealis Præfectus urbi vice sacra iudicans. Et sane indiscrete dignitatis dicitur cum Præfecto prætorio, *L. 1. Cod. de præf. præt. sive urbi*, *Lib.* 12. *Tit.* 4. Olim ad quos Provocationes factæ, vid. Broidæ. *Supplem. Histor. fori Pollati Lib.* 5. *Cap.* 16. Cuiac. 21. *Obs.* 33. Petr. Gregor. *de Appell.* 11.

5) Alia de his constituta in Novellis passim, ut *Nov.* 20. *Nov.* 23. *Cap.* 4. *Nov.* 24. *Cap.* 5. *Nov.* 25. *Cap.* 6. *Nov.* 29. *Cap. ult.* *Nov.* 30. *Cap.* 11. *Nov.* 62. *pr.* *Nov.* 75. *Nov.* 82. *Cap.* 4. *Edicto Iustin.* 8. *Cap.* 1. §. 1. *Nov.* 126. Ex qua patet coram his cognitoribus eodem modo per-

æstimatio viginti librarum auri quantitatem excedat, velint caussam apud se disceptari in communi auditorio procerum palatii sui, ut scilicet nihil hic referre putaret a quibus iudicibus esset appellatum. *L. in offerendis*, vers. *his videlicet*, *C. de app.* Quod si litis æstimatio esset infra, aut intra eam quantitatem, retinuit ille quidem iudicum cognitionem: sed quibusdam in caussis & iudicum numerum, & iudices ipsos commutavit. Namque pro duobus iudicibus a Theodosio constitutis Iustinianus vult unum satis esse, si non excedat litis æstimatio decem librarum auri quantitatem, *d. L. in offerendis*, in princ. Vice versa pro præfecto prætorio, quem solum Theodosius in appellatione a duce interposita iudicem esse statuit, Iustinianus duos esse iussit iudices, magistrum officiorum, & quæstorem sacri palatii. *L. si quando*, *C. de appell.* Sed & Theodosius ipse postea pro quæstore palatii, quem præfecto prætorio adiunxerat, voluit magistrum militum, una cum præfecto prætorio iudicare in una hac caussa: Si apparitor magisteriæ potestatis de statu in provincia passus sit controversiam, & a prælidis sententia fuerit provocatum. *L. eo casu*, *C. eod.*

VI. Interim illud observabimus in his caussis summæ [6] quantitatem alias facere, ut sit notio ipsius Principis, alias ut sit iudicum a principe constitutorum. Quapropter recte huc accommodabitur ea quæstio, quæ tractatur in *L. si quis*, §. 1. *D. de app.* De ea actione, quæ plures species in se habeat, ut tutelæ, negociorum gestorum, pro socio: in qua quis pluribus summis sit condemnatus: quarum singulæ notionem Principis non faciunt, omnes autem coniunctæ faciunt. Quæritur enim utrum separatim spectandæ sint an coniunctim; statuit autem Ulpianus esse Principis cognitionem, ut coniunctim summæ spectentur.

VII. Sed hæc de iudicum ordine, & prærogativa in disceptandis caussis appellationum pro vetere forma imperii constituta sunt. Qua mutata necesse est hæc eadem cessare. De his vero quivis populus & Princeps prout expedire, & ad præsentem rerum statum pertinere videbitur, statuit. Illud, quod dixi, de sententiis iudicum datorum, quia ubique iudices a magistratu dari possunt, perpetuum est. Est & illud, quod iam dicam, & circa appellationes diligenter observandum est, quoties constat præsidem, vel quemlibet alium magistratum esse cognitorem, id est, eum ad quem iure cognitio appellationis deferatur, nimirum hos solos appellandos esse. Et si forte omissis his Princeps appelletur: tamen ad eos caussam [7] remitti. *L. Imperatores*, in pr. & §. 1. *D. de app. L. addictos*, *C. eod.* Plus dicimus, etsi ad Imperatorem caussa remissa sit partibus consentientibus, quæ ad notionem præsidis pertinebat, posse tamen præsidem hanc audire. Sic enim Paulus in *L. ad Imperatorem*, *D. eod.* Quod ego sic accipio dictum esse, ut possit præses caussam audire non solum litigatoribus consentientibus, & priorem conventionem mutantibus (de quo nemo fuile dubitaret) sed etiam uno ex litigatoribus postulante. Nihil enim Paulus distinguit, & hoc ita iuberi videtur in *d. L. addictos*, *C. eod.*

VIII. Iure autem Pontificio permissum est recta ad ipsum Pontificem appellare, intermediis iudicibus omissis, [8] *c. si duobus*, *extr. de appellat.* Sed interdum, & in territorio tantum ecclesiæ Romanæ, ut putant interpretes. Ad alium certe non licet, omissis [9] mediis. *c. dilect.*, *extr. eod.*

IX.

peractas appellationes esse, ac si Princeps adesset, Unde Ioach Steph. 3 *de iurisd* 12 *n.* 35. eadem observata fuisse solemnia vestium, seu indumentorum & calceamentorum, quibus tum litigantes, tum advocati ex singulari habitu coram Principe in eiusdem Consistorio utebantur. Sed in his cum exoleverint, immorari nihil attinet. Videri potest Ioach. Steph. *d. Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 32. *& seqq. & Cap.* 13. *n.* 7. *& seqq.*

6) Confer. *not. Cap. praced. N.* 33. Auri autem libra 72. auri, Goth *ad Nov.* 23. *in Epitome lit. E.*

7) *Nov* 30 *Cap* 9. ubi cum increpatione remitti dicitur, qui continuo relicto magistratu suo ad Imperatorem recurrit. Atque hoc est quod vulgo: gradatim fieri debere appellationem, vid Marant *P.* 6. *h tit. n* 368. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 3. *&* 4. *& Lib.* 4. *Cap.* 2. Mynsing. 1. *Obs.* 67 Gail. 1 *Obs* 119 *n.* 2. Hartm. *Tit.* 19. *Obs.* 5. Peguera *Decis.* 91 Moller. 2 *Semestr.* 30. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 37. fuse Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 18.

8) Et pluribus similibus citatis a Brederodo *d. T.* 18. *v. ad Papam*. Rationem differentiæ reddit Rebuff. *Privil. schol.* 164. quia Imperator in quem populus potestatem suam contulit, in eundem illiberalis esse non debeat. Papa autem a CHRISTO ius suum habens nemini quidquam debeat. Item quod Papa, omnium Patrum pater, cum omnibus Prælatis in eadem iurisdictione concurrat, eamque habeat non per communicationem, ne sit Collega, nec per gradum ceu dependentem ab alio, sed ut totum continens omnia, sicuti Oceanus fluviorum omnium receptione auctior non fit.

9) Casus tamen excepti aliquot statuuntur. De quibus Brederod *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 18. Petr. Gregor. 4. *de Appell.* 3. Mynsing 1. *Obs.* 67. Speckhan. *d. Q.* 37. *n.* 4 *& seqq.* Sicuti a Studioso Imperatorem recte appellari omisso medio plerisque convenit, Horat. Luc. *Priv. Schol* 74. Rebuff. *Privil.* 164. Pac *ad Auth. habita. Cap.* 6 *n.* 18. Peguera *Decis.* 191. *n.* 12. Brederod *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 13. *v. scholaris*. Maranta *h. t. n.* 173 Neque hoc, ut gradatim fiat absolute necessarium, quin contra lege caveri plurve recipi potest. Sicuti in Sicilia Marant. *h. t. n.* 377. & Hispa-

IX. His constitutis, quos appellari oporteat: quid fiet si alius pro alio aditus fuerit? Respondebimus id, quod ab Ulpiano definitum est in *L. 1. §. si quis*, D. de app. ***Si quis vel parem, vel maiorem iudicem appellaverit, alium tamen pro alio, in ea caussa est, ut error ei non noceat. Sed si minorem, nocebit.*** Quod ex rescripto ab eo allato ita interpretandum est, ut si par vel maior magistratus appellatus, atque etiam aditus sit, alius tamen pro alio, nihilominus is quem appellatum oportuit, perinde cognoscere debeat, atque si ad ipsum facta esset provocatio intra tempora constituta: sin minor, aditus erit, nihil factum videbitur. Unde eveniet, ut si interim tempora legitima exierint, sententia vim suam teneat. Ergo hos adiri oportet: oportet autem adiri appellationis caussa, id est, ita ut dicat appellator deferre se appellationem a se interpositam; petere, ut de caussa appellationis iudices cognoscant, & iudicent. Hanc enim esse denuntiationem appellatorum appellationem introducentium declarat Iustinianus *Nov. 50. de his qui ingred. ad appellan.* §. 1. Quod cum fit, ibidem dicitur appellatio iudici offerri, quia scripto offertur, ut mox dicetur. Hoc idem Iustinianus verbo parum Latino vocat, appellationem 10 intimare; quasi dicas, metam iudici facere, *L. in offerendis*, vers. pen. *C. de app.* Hæc ut proposui ad introducendam inchoandamque appellationis caussam satis erant: nisi ius civile iustis de caussis in deferenda appellatione alia quædam exigeret.

X. Nunc autem hoc primum exigit, ut adpellator quantum consequi potest, literas ab eo iudice, a quo appellatum est, afferat: testes nimirum receptæ appellationis, & ad superiorem iudicem dimissæ: quas propterea dimissorias literas, & apostolos appellamus. Quarum hic est sensus: ***Appellasse, puta, Lucium Titium a sententia illius, quæ inter illos dicta est***, L. unic. *D. de dimiss. lit.* has iudici appellationis offerri oportet. Itaque cum in his appellatio interposita contineatur, non abs re est, quod his oblatis dicitur ipsa appellatio offerri, ut modo dixi. Hæ literæ ab eo, a quo appellatum est impetrantur, quas ob id iubetur appellatori dare, & quidem ipso etiam non petente, & sine aliqua dilatione. Sic enim diserte scriptum est in *L. eos*, §. *ultim. Cod. de app.* Quæ posteriora duo non satis prima fronte cum aliis locis iuris congruere videntur.

XI. Nam quod ad petitionem attinet, ita scriptum est in *L. unic. D.* de dimiss. lit. ***Sufficit autem petiisse intra tempus dimissorias instanter & sæpius, ut etsi non accipiat id ipsum contestetur. Nam instantiam repetentis dimissorias constitutiones desiderant.*** Quod cum dicitur, simul etiam significatur saltem eas instanter & sæpius peti debere. Quod attinet ad dilationem dicitur in *L. iudicibus*, *C. de app.* triginta dierum spacia ex die sententiæ definita esse, intra quæ gesta una cum relatione litigatoribus conveniat præstari, nec prius iudicem ulla pœna teneri. Porro relationis verbo generali apostoli continentur: apostolis enim, uti horum formam supra concepimus, refert iudex quis a qua sententia, & adversus quem appellarit; ut quis dicat, non contineri: tamen ut apostoli, sic relatio iubetur ilico edi litigatori. in *L. 1. C. de relat.* Denique utrumque ad inducendam appellationem pariter desideratur, ut postea dicemus. Hæc vero ita concilianda mihi videntur; ut si de iudice tantum quæratur, hic apostolos dare debeat, etiam non petente appellatore (de necessitate enim horum petendorum prius respondebo) alioqui plectatur, ut auditum est *d. L. iudicibus*. Est autem hic pœna eadem constituta, eademque pœnæ persecutio, quæ constituta est adversus eum, qui non admisit appellationem; de quo constitutum est in *L. si appellationem, C. de app.* Sin quæratur de litigatore: Ecquid iudicis denegatio ei in hac re noceat: hic vero dicimus non nocere: sed hac lege si modo petat apostolos sibi dari; idque 11 instan-

& Hispania, Gutierez. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 42. a quovis iudice Rex appellari potest. Et apud Francos Curiæ supremæ in caussis capitalibus. Cuiac. 21. *Obs.* 33. Leonin. 7. *Emend.* 6. *n.* 4. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 4. Sed & Princeps inferior per contractum iudicationem a se abdicare potest, ut eo prætermisso, recta ad Cameram appelletur, vid. Matth. Steph. *de iurisdict. Lib.* 2. *P.* 2. *Cap.* 7. *n.* 357. *& seq.*

10) Si Ciceronis sæculum spectes, non si posterius, Arnob. *Lib.* 5. *Unde est vobis cognitum aut unde intimatum.* Sidon. *Lib.* 7. *Epist.* 10. *spontaneo memoratu intimaro.* Similes loci apud Simmachum 1. *Epist.* 89. 3. *Epist.* 30. *&c.* Cæterum verbo hæc insinuatio fieri potest iudici ad quem (de ea quæ fit iudici a quo vid. *Cap. praeced. n.* 17. *& in not. N.* 46.) si instrumentum non statim haberi queat, Mynf. 1. *Obs.* 83. vide de hac Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 12. P. Greg. 6. *de Appell.* 8. *& seq.*

11) Ut & de appellantis diligentia vere constet, ne censeatur tacite renunciasse appellationi & acquievisse sententiæ, utque negligentia iudicis appareat. Quomodo & trinæ monitiones aut edicta requiruntur ad contumaciam citari, Blarer. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 28. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 11. *n.* 72. Et si usu obtinuit, ut iteratæ petitiones etiam simul uno contextu ac in ipsa appellatione fieri possint, Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 55. ibique Gravat. vid. & Mynf. 2. *Obs.* 24. Cacheran. *Decis.* 12.

Digitized by Google

instanter & sæpius faciat. Nam hanc petitionem non absolute desiderari, sed sub conditione, si velit litigator denegationem apostolorum sibi non nocere, apparet ex his, quæ Ulpianus continenter in *d. L. unica*, in fin. subiicit: *Æquum est igitur*, inquit, *si per eum steterit, qui debebat dare literas, quo minus det: ne hoc accipienti noceat*. Hoc ergo vult Ulpianus dum litigator petat literas instanter & sæpius, idque ipsum contestetur, si postea hanc instantiam suam, & contestationem probet iudici superiori, non minus appellationem ei rite oblatam videri, quam appellator literas dimissorias acceptisset, Quod autem secundo loco dicitur iudicem sine dilatione apostolos debere dare, non incommode ita accipiemus sine dilatione 12 frustratoria, ut hoc verbum adiicitur in *L.* 1. in fin. *C. de rela.* id est, sine dilatione, quæ quidem legibus constituta non sit. Qui enim iure differt, differre non videtur. Nisi malumus aliud iuris esse de apostolis dandis, aliud de relatione, quam & ipsam cogitur iudex litigatori præstare: putamusque si iudex ilico post appellationem interpositam non dederit apostolos, pœnam esse in eum constitutam, quam evitare non possit, quamvis postea paratus sit, una cum relatione apostolos reddere. Quod nulli invito probabitur. Quid enim interest litigatoris apostolos ante relationem accipere, quibus etiamsi velit ad inducendam appellationem, ante acceptam relationem uti non possit. Non sunt hæ literæ satis, Visum est, utile esse, quisquis iudex sit, qui provocatur, hunc de iure prioris sententiæ, quantum licet certiorem fieri, postquam ab eo hoc postulatur, ut pronunciet iuste an iniuste iudicatum sit. Id quoniam ita fit, si acta prioris iudicii cognoscat, & relatione prioris iudicis, de eo, quod actum & iudicatum est, admoneatur: placuit utrumque ad eum deferri debere, eaque gratia utrumque præstari litigatori ab eo, a quo provocatum est: 13 acta dico, & iudicis relationem. *d. L. iudicibus*, *C. de app.* Aliis locis ita expressum est, litigatorem interposita provocatione, curare debere, ut petat opinionis exemplum, & refutatorias preces: item iudicem appellanti præbere debere opinionis exemplum, & acta cum refutatoriis partium, suisque literis ad superiorem dirigere debere: hæc in *L. quoniam nonnulli*. & *L. a proconsulibus*, *C. de app.* quæ eodem redeunt.

XII. Id ut intelligatur, horum unumquodque quid sit, & quamobrem desideretur singulatim explicabo. Literas iudicis in hac specie accipimus relationem iudicis, quæ literis continetur. His enim refert iudex, qua de re actum sit, quæ de eo opinio sua sit, ac secundum hoc quid pronunciarit, ut intelligere possit superior iudex quæ res referentem moverit. Ita in ea relatione opinionem suam exponit iudex. Unde in *L. eos*, §. *super*, *D. de app.* iubentur iudices opiniones suas transmittere ad superiorem: cum uberit possent ex aliis constitutionibus relationem suam transmittere. Quam quoniam verendum erat, ne in ea relatione aliquid fugeret iudex: placuit eum iubere debere relationis seu opinionis suæ *exemplum ilico litigatoribus edi apud acta hoc consilio, ut si cui forte relatio minus plena, vel contraria videatur, is refutatorias*, partes opponat, quas *similiter apud acta sine aliqua frustratoria dilatione offerat*. Hoc quidem prope totidem verbis de hoc genere cautum est a Constantino in *L.* 1. in fin. *C de rel.* Nisi quod ille de consultationibus, & relationibus loquitur, quibus iudices de negocio referunt ad Principem etiam ante appellationem. Et congruunt duo. rescripta sequentia eiusdem tituli. Sed quod de his relationibus dictum est, eiusmodi est, ut ad relationes omnes, etiam quæ ad superiores iudices appellationis caussa fiunt, pertineat. Nam in *L.* 2. eius tituli hæc generalis ratio omnes complectens redditur: *quippe, tunc relationibus plena veritas est, cum vel allegationibus repelluntur, vel probantur assensu*. Deinde cum in appellationibus & *opinionis exemplum* edi debere legimus, & legamus præterea *refutatorias preces*, quis dubitet in iisdem verbis idem ius contineri? His adde finem, omnibus his relationum gene-

12. In Camera vero recipitur apostolis non petitis, Gail. 1. *Obs.* 139. *n.* 15. Mynf. 4. *Obs.* 36. P Frider. 1. *de Process extrah.* 7. *n.* 2½. *&* *seqq.* Quos de apostolis his plenius consule, uti & Cuiac. 24. *Obs.* 29. Gœd. *ad L.* 106. *de V. S.* Wurmser. 24. *Obs* 23. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 219 *&* *seqq.* (ubi *n.* 24. quod dentur expensis appellantis) Petr. Gregor. 6 *de App.* 2. *&* 7. Brederod. *h. Tr. L.* 2. *Tit.* 4 Wehner. *Pract Obs. de V. S.* v. *Abschiedbrieff.* Polydor. Ripa *de Nocturno tempore*, *Cap.* 38. Unde dicti etiam Scip. Gentil. *Orig. Lib. sing. pag.* 306,

12) Ita quoque in *d. L.* 6. §. *ult. ut &* *in Nov.* 134. *Cap.* 3. similia verba exponit Cuiac. *in d. Nov.* 134 *&* 24. *Obs.* 29. *ac de Diverf. temp. præscript. Cap.* 10 Sane iudex si velit, hunc terminum coarctare & minorem præfigere potest, Gravat. *ad Vestr. Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 71.

13) De hac actorum editione vid. Gail. 1. *Obs.* 134. & Greyæ *ibid. Pract. Conclus.* 134. ubi *n.* 13. *&* *seq.* exemplum, non authenticum, edi tradit, nec si diserte iudex superior mandaverit

generibus, & refutatoriis precibus communem. Quorsum enim consultationem, quæ ad Principem destinatur, edi litigatori: adversus exemplum consultationis opponi a litigatore confutatorias preces? Nempe, ut his cognitis sic de re instruatur Princeps, ut propemodum actorum recensione non sit opus, uti scriptum est in *L. ult. C. de relat.* Plane idem de relationis & opinionis editione, deque refutatoriis precibus, quæ in appellationibus desiderantur scriptum est in *L. eos*, *§. super*, *C. de app.* Aiunt Imperatores; *opiniones suas iudices, & exempla appellatoribus edita, & refutatorias eorum ad scrinia quorum interest, transmittant*. Sequitur, quamobrem, *quibus*, inquiunt, *gestorum eorum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis pro fortuna singulorum sententia proferatur*. Quare, quod de uno genere dictum est, necesse est ad alterum, in quo eadem ratio sit, transferri. Ex his autem intelligi potest, quid vocent Imperatores refutatorias preces. Supra diximus, relationes tunc veras esse, cum allegationibus repelluntur. Repellere porro refutare est. Perspicuum est igitur, refutatorias literas, dici eas, quæ continent allegationes, quibus repellitur & refutatur relatio iudicis antea edita, sive quod minus plena sit, sive quod vero sit contraria, ut est in *d. L.* 1. Hanc refutationem recte refutatorias literas nominaverimus. Et quidem libelli refutatorii vocantur a Iustiniano in *L. ultim. §. 1. Cod. de app.* & *L. ultim. §. in his*, *Cod. de temp. app.* Sed obtinuit magis ut refutatoriæ preces dicerentur, *dict. L. 1. Cod. de rel.* *L. quoniam nonnulli*, *Cod. de app.* Fortassis ideo, quia in his erat appellator, ne superior iudex relationi iudicis a quo appellatum est, fidem adhibeat: & simul ipse quid sit in re exponit.

XIII. Illud quidem nullo iure probari potest, quod vulgo tradunt, refutatorias preces [14] libellos esse appellatorios, aut apostolos. Quam enim refutationem aut libelli appellatorii, aut literæ dimissoriæ continent, quorum utrumque nihil amplius declarat, quam Lucium Titium appellasse ab ea sententia, quæ inter illos dicta est? Cum autem constat exemplum opinionis, seu relationis non iudici edi a litigatoribus, sed edi litigatoribus a iudice: oportet in *L. eos*, *§. super*, *Cod. de app.* non recte legi; *opiniones suas iudices, & exempla ab appellatoribus edita transmittant;* sed ita legendum, *exempla appellatoribus edita*, detracta præpositione, *AB:* Vel hoc modo: *exempla ab his appellatoribus edita*, ut intelligatur, *ab his iudicibus*. Quod si edito opinionis exemplo, nihil respondeant litigatores, assensu suo relationem confirmant, ut est in *L. 2. C. de relat.* Ut apparet eos non cogi libellos refutatorios dare; unde in *L. ult. §. in his*, *Cod. de temp. app.* cum Iustinianus diceret litigatores intra certum tempus gesta colligere debere, & refutatorios libellos: gesta quidem simpliciter dixit, colligenda esse: de libellis autem addidit conditionem, *si voluerint*. Quod ergo dicitur in *L. quoniam nonnulli*, *Cod. de app.* appellationem pro deserta esse, si litigator, nec opinionis exemplum nec refutatorias preces curet petere vel offerre: hoc petere ad refutatorias preces referri non debet; sed ad opinionis exemplum duntaxat. Hoc enim petere oportet, & acceptum iudici superiori offerre. Refutatorias autem preces nihil nisi offerre. Non enim necesse est, eas peti ab iudice, quæ ab ipso litigatore proficiscuntur. Iubetur iudex ista dirigere ad superiorem in *d. L. a proconsulibus*, *Cod. de app.* sed ita, ut ea tradi oporteat litigatori, ut deinde ab eo offerantur. *L. iudicibus*. *L. quoniam nonnulli*, *Cod. de app.* Sane ubi reus in custodia retinetur, officium iudicis est ut superiores reos ipse transmittat ad scrinia eorum, quorum interest, *L. eos*, *§. super*, *Cod. de appellationib.*

XIV. Illud circa relationem iudicis monendi sumus, cum princeps appellatur, ad eum quoque referri debere; sed inter relationem, quæ dirigatur ad Principem, & eam quæ ad cæteros iudices, hoc interesse, quod cæteris iudicibus satis est referre, quid sit in re, & opinionem de ea re suam exponere. Cum autem appellatur Princeps, relatio habere debuit Principis consultationem. Unde [15] illa: appellatione implorari Principis disceptationem, & audientiam per consultationem. *L. præcipimus*, in princip. & vers. *sane*, *Cod. de appell.* Item, consultationum mo-

14) Vulgo refutatorii apostoli statuuntur, quibus iudex ostendit, superiori appellationi, ceu iniustæ deferendum non esse, & ita eam refutat Gœd. *ad L.* 106. *de V. S.* *n.* 4. vid. P. Greg. 6. *de App.* 2. *n.* 2. 6. *& seq.* Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 225. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 4. & alii. Sed Donello fere convenit Cuiac. 22. *Obs.* 33. hos Græce vocari [illegible], & supplementa partium a Symmacho docens.

15) Vid. *Nov.* 126. *princ.* *Nov.* 75. Maranta *Parte* 6. *h. t. n.* 7. *&* 3. *seqq.* Petr. Greg. 1. *de Appell.* 4. Enimvero & in præcedentibus & sequentibus huius Capitis sunt quæ non plene satisfaciunt, sed ne examinem, loci angustia vetat.

Digitized by Google

more negocium in sacrum Principis palatium introduci, *L. in offerendis*, in princ. *Cod. eod.* Et consultationem exercere pro exercere appellationem apud Principem in *L. 4. Cod. de temp. appell.* Est autem consultatio cum exposito negocio, & eo, quod ante actum & iudicatum est. Consulit Principem iudex, quid illi de ea re fieri placeat, & in eo iudicium eius implorat. Quod colligi potest ex *L. 1.* & *L. ultim. Cod. de relat.* Ex hoc iure nata est illa inscriptio in Codice: *de appellationibus & consultationibus*.

XV. Cum ista dicamus ab appellatore afferri debere ad appellationem introducendam, quid fiet, si non afferat? Officium eius est, ut petat hæc sibi reddi: Ut si non petierit, non minus appellatio [16] deserta habeatur, quam si non petiisset apostolos. *L. quoniam nonnulli, C. de app.* quod ego sic accipio, ut petere debeat instanter, & sæpius, uti de apostolis diximus. Cur enim instantius apostolos, quam relationem iudicis petere debeat, ratio reddi non potest. Quod si petierit ista, & petenti reddita non erunt, puto, nihil hoc obesse, quo minus superior iudex de caussa appellationis cognoscat. Non quod re non cognita possit iudex ferre sententiam, sed quia nihil prohibeat iudicem appellationis alias probationes exigere, quibus de negocio instruatur. Verum cum hic novus labor cum appellatori, tum iudici imponatur, cum appellator etiam novis sumptibus oneretur: non immerito placuit eum iudicem plectendum esse, qui superiora denegarit. Sic tamen, si ista non reddiderit intra tempora ad eam rem definita, id est, intra triginta dies a tempore sententiæ numerandos. De quo cautum est in *L. iudicibus, C. de app.* Illud peculiariter constitutum est adversus eos, qui in appellatione ad Principem facta, non omnia ad Principem transmittunt actis iudicii, quæ litigatores instructionis, probationisque caussa recitaverunt, ut perpetua infamia notentur. *L. ne caussas, C. de app.*

XVI. Præterea hæc solemnia & [17] tempora definita sunt, intra quæ appellationem introducere liceret. Ea pro varietate iudicum & locorum varia sunt constituta a Iustiniano, ac sunt in summa tria: alias annus: alias novem menses: alias menses quinque. Annus consultationibus datus est: id est, iis appellationibus quibus Princeps appellatur. Primo quidem Iustinianus in hac specie duos annos dederat in *L. in offerendis*, vers. *his videlicet*, *C. de app.* De quo tempore loquens idem Iustinianus in *L. 3. C. de temp app.* vetat ultra id tempus vivere consultationem, quanrumvis reparatio in eam rem postuletur a Principe, & quæcunque excusatio de ea re obtendatur: simul ea quæ gesta sunt in priore iudicio iubet tradi Scrinio sacrarum epistolarum ante dimidiam partem eius temporis. Id autem est intra annum. Postea idem in *L. ult. §. in his, C. de temp. app.* In his casibus, in quibus biennium constituerat, biennii metas (sic enim loquitur) unius anni terminis coarctavit, intra quem etiam gesta colligere, & tradere scrinio sacrarum epistolarum permisit. Ubi sine dubio hos casus, quos dixi, intelligit: ut appareat hic annum manifeste. Utraque illa constitutione, quam modo retuli, emendata. Et notandum, hic annum ita dari, ut non distinguatur, quibus ex locis deferatur appellatio propinquis an remotis. Cum autem hic annum dat Iustinianus, simul etiam hunc excedi vetat. Quanquam & disertis verbis id cavit in *d. L. 3. Cod. de temp. app.* Sed idem hoc ita accipiendum postea voluit, si alii essent iudices appellationis, quam Princeps, secundum ea, quæ de iudicibus huius generis appellationum supra exposuimus: aut Princeps quidem ipse in consistorio Procerum suorum cognosceret. Sed huius quoque similiter de caussa adeundi esset copia. Quod si is publicis negociis occupatus copiam sui non faceret, aut non posset Proceres revocare, cavit

16) De appellatione deserta quomodo dicatur, quæ & unde talis habeatur, deque aliis ad eam spectantibus &c. adiri possunt P. Gregor 8. *de Appell.* 2. *&* 3. Marant. *h t n* 408. *& seqq.* Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract* *Q.* 109. Trentacinq. 2 *Pract.* *Resol.* *h. t. Resol.* 10 Christoph Besold *h. tr. Cap.* 10 Menoch. 2. *Præsum.* 96. Vestr. *Lib.* 3. *Pract. aula Rom. Cap* 6. Gail 1 *Obs.* 137 *& seqq.* Wurmser *Tit.* 24 *Obs* 21 *& seqq* Mynf. 2. *Obs* 59. *& seq.* (ubi quando non excipiente parte attendenda desertio) *& Obs* 77 *et* 3 *Obs.* 22. M Ant. de Amatis *Decis.* 32. *& seq.* P Æmil. *Decis. Rota* 30. *&* 2. *& seqq. Parte* 1. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis* 42 Guid. Pap. *Decis.* 135. *&* 185. Cacheran. *Decis.* 7 *&* 18. Anton. Fab. *C. suo tit. de temporib appel.* Num a sententia qua deserta pronunciatur, appellandum, plenius excutit Rauchb. *P.* 1. *Quæst.* 14.

17) De fatalibus, ut vocant, introducendæ appellationis, Gail. 1. *Obs.* 140. Mynsing. 3. *Obs.* 94 *&* 6. *Obs.* 12. Petr. Gregor. 6. *de App.* 8 *&* 9. Brederod. *h. Tr P.* 2. *Tit.* 7. Besold. *h t Cap.* 9. *n.* 2. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 14. *n.* 37. *& seqq.* Cæterum & iudex a quo introducendæ appellationi breviorem terminum præfigere appellanti potest, etsi non finiendæ, *Cap.* 4. & sequenti *Cap. ex insinuat.* 50. *Cap. oblata* 57. *h t.* cum ut citius tardiusve peragatur, non ad ipsum, sed superiorem iudicem pertineat, vid. Marant. *h. t. n.* 205. *&* 412. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 3, ibique Gravat. *n.* 24. & Hartm. *Tit* 19. *Obs.* 9. longiorem autem statuere non potest, Gail. 1. *Obs.* 140. *n.* 3. Corset. *Sing.* 9. *n.* 2.

Digitized by Google

cavit postea ne id appellatori esset fraudi. Sed caussa maneret integra in id tempus, cum monitus Princeps patres revocari iuberet, & litem inferri pateretur. Hæc Iustinianus *Novel.* 23. *de appell.* §. *ad hæc sancimus*. Unde est *Auth. sed & lis*, *C. de temp. app.* Præterea & tunc annus est constitutus introducendæ appellationi, cum appellatur quidem magistratus. Sed ex remotioribus locis deferebatur appellationi puta, Ægypto, Lybia, orientali tractu, usque ad utrasque Cilicias numerando, Armeniis vel gentibus, vel Illyrico, & ab his transmittebatur appellatio Constantinopolim. Hæc ita definita sunt constitutione Iustiniani *L. ult. C. de temp. app.* Et annum hic numerari ipse disertis verbis exponit in eadem lege. vers. *sin autem*. illic: *ut partim annale*. Eadem illa constitutione novem tantum menses tunc esse iussit, cum appellabatur ex aliis Imperii partibus, quam iis quæ supra comprehensæ sunt. Qua constitutione derogavit Legi Theodosii, quæ est *L.* 2. *C. eod. tit.* qua pro varietate iudicum a quibus appellatur varia tempora statuebantur ad appellationem introducendam. Ideo autem & in hac specie novem menses, & in priore annum esse dicimus, quia in utraque tres menses numerantur, intra quos liceat petere reparationem appellationis a Principe: cuius petendæ potestatem confirmat superiore constitutione Iustinianus: sed dubitant nonnulli, an reparatio hodie locum habeat. Quam si sublatam esse posuerimus, ex anno superiore restabunt duntaxat novem menses: Ex novem mensibus restabunt tantum sex.

XVII. Moventur autem illi *L.* 3. *C. de temp. app.* & *Nov.* 82. *de iudici.* §. *cæterum*. Quibus in locis Iustinianus reparationem appellationis excludit. Sed non animadvertunt in *d. L.* 3. reparationis petitionem inhiberi in consultationibus, & quidem post tempus ad eas introducendas constitutum. Nempe, quod satis temporis esset ad eam introductionem constitutum prioribus, constitutionibus. Erant enim ante *d. L.* 3. duo anni, nunc est annus. In Novella autem de iudicibus nominatim cavet Iustinianus, ne reparatio locum habeat in ea specie, quam proponit. Nempe, cum a pedaneis iudicibus appellatur in eadem urbe. Ita cum superioribus in locis nominatim certis tantum in caussis reparatio denegetur, perspicuum est eam quæ antea generaliter concessa erat cæteris in caussis mansisse. Hactenus igitur & annus & novem menses constituti. Postea Iustinianus ex iis caussis, in quibus appellatur magistratus, excepit eam speciem, cuius modo mentionem feci, cum scilicet appellatur a pedaneis iudicibus in eadem urbe, in qua specie quinque tantum menses ad inducendam appellationem statuit. Primum enim duos menses: deinde item alios tres dedit, adempta reparationis intra tres alios menses petendæ facultate, ut efficiantur hic tantum menses quinque. Hoc, inquam in *d. Novel* 82. *de iudic.* §. *cæterum*. Hæc tempora cum esse dicimus, intra quæ appellationem introducere liceat, nisi quid aliud adiiciatur, hoc intelligemus licere omnibus eius spacii diebus, quibus appellator velit eam inducere, quoniam quicunque dies fuerint, verum est, omnes intra id spacium contineri: intelligemus & illud licere inducere, quamvis id non petatur a Principe, quoniam supervacaneum est precibus postulari, quod iure communi permittitur. *L. unic. C. de Thesaur. lib.* 10.

XVIII. Et quidem in eo anno, qui consultationibus id est, iis appellationibus, quibus princeps appellatur datus est. Utrumque plane ita fit. Ut enim intelligatur posse hic, cum libet, appellationem induci, nulli hic dies fatales appellatoris introducendi observantur, ut diserte scriptum est in *L. ult.* illic: *Nullius alterius iudicis*, C. *ubi senat. vel clar.* Et adiicitur hunc esse morem, & habitum consultationum. Non incommode tamen dicetur, cum appellator consultationem præmature inducet, nondum exacto anno, huius rei [18] certiorem fieri adversarium debere: ne illius factum victori noceat, dum caussa inducitur, eo die qui iure notus esse non potest. *arg. in L.* 2. §. *quod si ita*, *C. de temp. app.* Iam cum reparatio in his nullum locum habeat, quod cautum est in *L.* 3. *C. de temp. app.* nec mutatur in *L. ult. C. eod.* quia ea lex, ius antiquum de reparatione confirmans de his caussis loquitur, quæ fuerunt more appellationum, non consultationum transmissæ, ut expressum est ea lege in princ. vers. *sancimus*. Cum inquam in consultationibus reparatio nullum locum habeat: hæc autem una petatur a Principe: conficitur, quicquid de his introducendis conceditur, iure ipso non precibus concedi.

XIX. Non eadem caussa fuit cæterarum appellationum, earum videlicet, qui-bus

18) De devolutione appellationis, & ut ad notitiam appellati venire debeat, vid. Vestr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 6.

bus appellatur magiſtratus, & ut conſtitutiones loquuntur, quæ non conſultationum, ſed appellationum more introducuntur. Nam primum quanvis ſit in his ſummum quoddam ſpacium conſtitutum intra quod liceat inducere appellationem: id nimirum, quod ſupra ſtatuimus, tamen ita ius fuit ut non poſſet ea induci omnibus eius ſpacii diebus, quibus appellatori viſum eſſet, ſed certis tantum & lege definitis. Id inde licebit exiſtimare, quod conſtat in his certos fuiſſe dies, qui fatales ſint appellati. *L. 2. C. de temp. app.* Declarat autem Iuſtinianus in *L. ult. §. & cum antea, C. eod.* fatales eſſe, quibus ſi appellator venerit, & litem inſtituendam curet, legi, quæ eſt de inducendis appellationibus, ſatisfaciat. Quod ſi eos non obſervarit eveniat, ut lis exſpiret. Unde & nomen habent. Fatum enim Latinis inter cætera mortem ſignificat, & fato fungi idem eſt, quod mortem obire, ex [19] quo fatales dies dicti, qui ſi obſervati non ſint, appellatio exſpiret, & quaſi fato fungatur. Hi autem certi ea de cauſſa conſtituti fuiſse videntur, ut etiam victori ipſi noti eſſent, quos idem facile obſervare poſſet, cum vellet, ne ſcilicet poſſet queri ſe inſcio cauſſam fuiſſe introductam, ita ut ad defenſionem cauſſæ in tempore occurrere non poſſet. Ut ſignificatur in *d. L. 2.* verſ. *quod ſi ita contigerit, C. de temp. app.* Cæteri dies qui ex legitimo ſpacio inter fatales dies intercedebant [20] temporales nominati ſunt: quia eſſent ex tempore ad introducendam appellationem conſtituto, *d. L. 2.* verſ. *pen.* Hoc poſito videndum, quot dies fatales fuerint inducendæ appellationis, & qui nam hi fuerint. De qua re cautum eſt in *d. L. 2.* Res ſic habet: In anno, quem ſupra dedimus, fuerunt hi dies quinque totidem ſpaciis temporis, quaſi intervallis diſtincti, ita ut finito unoquoque ſpaciu, qui dies ſequeretur is eſſet fatalis. Spacium primum fuit ſex menſium; dies primus fatalis is, qui eos menſes inſequitur. *Primi diei fatalis tempora*, inquit Theodoſius *poſt appellationem ſex menſium eſſe iubemus*. *d. L. 2.* verſ. *2.* id eſt, tempora, quæ eum diem antecedunt ſunt ſex menſes. Neque enim fatalis dies in ſex menſibus numeratur, ſed in fine cuiuſque temporis fatalis dies conſtituitur, ut expreſſum eſt in *d. L. ult. §. & cum antea, C. eod.* Primum hoc ſpacium tria alia ſpacia trium menſium ſequebantur, quorum unoquoque exacto numerabatur dies unus, qui erat fatalis: ita ut fatalis dies eſſet non triceſimus cuiuſque menſis, ſed triceſimus primus: ut ſignificatur in *d. L. 2.* verſ. *quod ſi primo*, & duob. ſeqq. Unde in *d. L. ult.* verſ. 2. dicitur poſt primum ſemeſtre ſpacium alia trium menſium ſpacia ſequi, & additur interpretatio, id eſt, nonaginta trium dierum. His accedat ſpacium ultimum trium menſium: quibus exactis ſtatuebatur ultimus dies fatalis, quem placebat ex quarto fatali die numerari, ita ut ab eo die eſſet nonageſimus primus. Eundem diem talem eſſe, ut vel eo die reparatio petenda eſſet (de qua mox dicendum eſt) vel ante unum diem præcedentem, & tum appellatio poſtremum inducenda, hoc facto legi ſatisfactum eſſe, etſi adverſarius petitæ reparationis admonitus non eſſet. Hæc ſententia videtur *L. 2.* verſ. *quod ſi contigerit*. Non appellatur quidem hic dies fatalis in *d.* verſ. *quod ſi contigerit*. Sed appellatur alibi, nempe in *L. ult. §. illud, C. eod.* Cum dicitur appellator fatali die introductus cauſſæ appellationis imponere exordium. Ubi omnes dies quibus appellatio induci poteſt ſine controverſia intelliguntur. Et cur non nominetur hic poſtremus dies fatalis eadem ratione, qua ſuperiores: cum hoc potiſſimum die eveniat, ut appellatio non inducta plane extinguatur? In novem menſibus, quos ſupra poſuimus totidem fatales dies fuerunt eodem prorſus ordine diſtributi, & iiſdem intervallis: præter primum, cuius initium eſt, non poſt ſex menſes ut ſupra, ſed poſt tres duntaxat: de quo conſtitutum eſt in *d. L. ult.*

19) Ita enim lites & actiones vivere legimus *L. 3. C. de temp. app.* (etſi ibi pro *vivendi utendi* reponat Baſilicorum auctoritate Leunclav. *Lib. 2. Notator. Cap.* 213. ſed male) *L. ult. C. de fid. inſtr. §. 2. I. de perpet. & temp. act.* ac mori, *L. 3. §. 1. D. Quæ in fraud. cred. L. cum lite mortua 2. D. iud. ſolvi. L.* 13. *§. 5. C. de iudic.* perire item ac perimi, *L. 18. §. 4. de dolo*. Quippe ut vita hominis ex Philoſophorum ſententia in fato ſtare dicitur, fato finiri, & per fatum vita abrumpi. Ita per metaphoram liti quædam adſcribuntur vivendi & moriendi ſpatia, ut terminus pro fato ſit, quo lapſo mori cenſeatur. Hinc fata cauſſarum, ut *not. ſupra Lib.* 18. *Cap. 3. N. 4.* Et in hoc recte conveniunt P. Gregor. 8. *de Appell. 2. n. 7. & S.* Cuiac. 18. *Obſ.* 37. Io. Wameſ. *ad C. 5. extra h. t. n. 2.* Beuſt. *ad L. 1. D. de iurei. n.* 87. Fallitur itaque Bodin. 3. *de Rep. 6. n.* 324. inveterato errore incongrue, ſic vocari ſentiens, nullum veterum fatalem diem fatalia tempora uſurpaſſe, ſed ſtatos dies, ſtatutum tempus. Errorem inde ortum eſſe, quod qui leges Codicis & Novellarum Latine verterint, pro *augiae iuiene*, legerint *augiae*. Quem refellit & exagitat Cuiac. *d. Cap.* 38. Confer. Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 20. *§.* 10. *n.* 86. *& ſeqq.* Plane illud minus appoſitum videtur, quod P. Greg. *d. Cap. 2. n. 9. &* 10. fatales quoque cenſet dici poſſe, quia definiti a lege citra partium placitum, quod & fatum decretum ſignificet, ac quod præter voluntatem noſtram accidit.

20.) Diſſ. Cuiac. 12. *Obſ.* 4. ſtatuens diem temporalem in *d. L. 2. & L.* 32. *§. 4. C. de app. L.* 63. *C. Th. eod. L. ult. C. Th. eod. L. ult. de reparat. appell.* eundem eſſe fatali. Quem laudat Io. Wameſ. *ad Cap. 5. extra hoc tit. num.* 1.

L. ult. verf. *fin autem*. in quinque menfibus quatuor tantum fatales dies fuerunt. Detracta enim reparatione dies unus fatalis ex fuperioribus illis quinque detrahitur, fic reftant quatuor. Primi initium eft poft duos menfes: reliqui finguli per intervalla unius menfis five triginta dierum. Unde *d. Nov.* 82. *de iudicib.* §. *ceterum*. Atque hic primo fatalium dierum numerus fuit. Iuftiniano poftea placuit, ut pro uno die fatali decem obfervarentur, quibus liceret inducere appellationem: quatuor ante veterem fatalem, & quinque poft eum ipfum diem. Idque propter varios cafus, quibus fit, ne unus dies facile poffit obfcurari: hoc in *d. L. ult.* §. *& cum antea, C. de temp. app.*

XX. Cum hoc in temporibus fupra definitis obfervandum eft de diebus certis, quibus tantum appellatio induci poteft: tum & illud cavendum, non per omnes eos dies appellationem iure ipfo induci poffe: fed effe interdum, cum oporteat id a Principe impetrari. Et fciendum per quatuor primos fatales dies concedi iure poteftatem inducendæ appellationis: ut non fit neceffe eum per eos dies poftulari a Principe. Cæterum fi appellator his exciderit, fic expirat iure appellatio, ut nifi beneficio Principis reftauretur, & ut loquuntur conftitutiones, nifi reparetur, non fit amplius locus eius inducendæ. Et vero conceditur hæc [21] reparatio poft tres poftremos menfes eius anni, eorum novem mentium, quibus fupra quinque fatales dies attribuimus; ex quibus poftremus fatalis is eft, quo reparatio petitur. Hæc, inquam, a Principe poftulatur, & concedi folet. *d. L.* 2. §. *quod fi contigerit. L. ult.* verf *fin autem. C. de temp. app.* Hæc tempora quæ fupra fcripta funt, fi cui longiora effe videantur, & fæpe non neceffaria, ut dicat iniuriam fieri victori, fi cogatur expectare, donec victus exacto demum anno introducat appellationem, quæ potuit multo ante facile induci. Hoc loco admonendi fumus habere victorem in eo, quod fibi gratuletur. Nempe enim & huic datum eft, non minus quam victo, ut poffet, fi vellet introducere appellationem, & quidem præmature. Sane in confultationibus hoc victori diferte tributum eft a Iuftiniano *L. in offerendis*, verf. *his videlicet, C. de app. L. ult.* §. *in his, C. de temp. app.* Cur autem ad cæteras appellationes transferri non debeat, non animadverto. Quid enim, an minus in aliis cauffis intereft victoris id licere, quam tunc, cum Princeps appellatur? puto tamen utrumque victori facere licere, ea conditione, quam in victo appellationem inducente fupra pofuimus, cum nimirum victor in confultationibus certiorem adverfarium faciat, cautam a fe induci in cæteris appellationibus, dum cauffam inducat uno aliquo ex iis diebus, quos fatales diximus, ne alioqui factum eius victo noceat, cui dies inductæ appellationis notus effe non potuit. Cuius rei argumentum, ut dixi habemus in *L.* 2. §. *quod fi ita, C. de temp. app.*

21) De reparatione hac, item de reftitutione in integrum contra lapfum fatalium, vid. Cuiac. 12. *Obf.* 4. *&* *de Div. temp. præfcr. Cap.* 16. Mynfing. 5. *Obf.* 98. Gail. 1. *Obf.* 143. M. Anton. de Amatis *Decif.* 77. Anton. Fab. *Cod. fuo de temp. appell. defin.* 15.

C A P. VIII.

De vi & effectu appellationis ad suum iudicem inductæ. Hac inducta appellatorem caussas appellationis reddere debere. In his reddendis quid allegare ad defensionem possit. Et quibus uti probationibus. Cuius sit reddere caussas appellationis: Et intra quæ tempora reddi possint.

I. Deinceps quid delata ad suum iudicem, & inducta appellatio valeat, consideremus. Et hoc [1] efficit, eoque comparata est, ut initio dixi, ut rescindatur sententia, a qua appellatum est, & in melius reformetur. *L. 1. D. de app.* Et notandum eam semel introductam, non solum hoc beneficium victo afferre, qui appellavit, sed etiam victori. Nam & huic, cum semel appellator in iudicium venerit, datum est, ut non minus & ipse de sententia possit queri. Si quid minus se ea sententia consecutum arbitratur. Quin hoc etiam adiicitur constitutione Iustiniani, quamvis victor abfuerit, tamen iudicem pro officio [2] partes victoris in eo implere debere. *L. ult.* in pr. *C. de app.* Sed hoc ita, si de forte queratur, non de sumptibus duntaxat. Nam si sententiam de forte agnoscens queratur, tantum de sumptibus, quod dicat, se iussum minus de his præcipere, quam oportuit; non licet aliis iudicibus de his consulere victori, quam iudicibus iis, qui ex consultatione, id est, ex appellatione ad Principem facta cognoscunt. Hi autem de his fine provocatione statuent: quoniam de his liceat queri: appellationem autem interponere non permittitur. Hæc sententia *L. ult. C. quan. prov. non est necess.*

II. Enimvero hæc vis est appellationis, utique si sententia, a qua provocatum est, iniusta sit, non etiam si iusta. Nam iustam oportet sententia superioris indicis confirmari. *L. eos*, in pr. *C. de app.* Hinc pendet, quid litigatores, & iudicem in caussa appellationis facere conveniat. Et quod ad litigatorem attinet, quoniam appellando de iniquitate sententiæ queritur, huius officium est, ante omnia appellationis caussam exsequi, id est, docere, se [3] iuste appellasse. *L. bi qui, C. de app.* quod nihil aliud est, quam red-

1) Vulgo statuuntur duo præcipui effectus: Suspensivus & devolutivus, vid. P. Gregor. 6. *de Appell.* 11. *& seqq.*

2) De hoc & ut Appellatus possit adhærere appellationi adversarii, utque sententia in totum suspendatur, & ad favorem appellati reformari possit, vid. Mynf. 2. *Obj.* 21. Gail. 1. *Obj.* 129. *n.* 3. *&* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 20. Boer. *Decis.* 73. *n.* 7. *&* 8. Confer Peguera *Decis.* 194. Sic quoque leuteranti deteriorem sententiam dicere potest iudex, etsi Leuteratus id non petat, Modest. Pist. *P.* 1. *Quæst.* 22.

3) Vulgo iustificationem appellationis nuncupant; de qua fuse Brederod. *h. Tr. Parte* 2. *Tit.* 33. Enimvero A. Fab. *Cod. suo h. t. defin.* 15. *& Tit. de iudic. defin.* 20. apud suos iudicatum memorat, quod appellans caussas nulla reddendo, si profiteatur, se velle rem cognosci ex prioris instantiæ actis, obtineat, si ex iisdem iniquitas prioris sententiæ appareat, cum scripturæ gravaminum extra Processum sint, nec appellationem constituant. Quæ sententia rationem habet. Attamen Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 42. *n.* 3. testatur, quod ni Appellans iustificet, quoad sententiæ iniquitatem, succumbat, etsi de ea vel gravamine constiterit. Et Gail. 1. *Obj.* 128. *n.* 7. *&* 8. libellum appellationis nihil novi, sed meram repetitionem priorum articulorum continentem reiici. Cæterum nec inter DD. vulgo satis convenit, anne appellanti de iniquitate an appellato de iustitia prioris sententiæ edocere incumbat. Quod non desunt, qui statuunt, maxime si reus condemnatus appellavit. Quo de vid. Guid. Pap. *Decis.* 10. Cacheran. *Decis.* 13. P. Gregor. 6. *de Appell.* 13. Brederod. *h. Tr. Part.*

reddere cauſſas appellationis ſuæ. Unde hæc pro eodem uſurpari videmus: cauſſam appellationis agere, ſeu exſequi, & cauſſas appellationis reddere. *L. ult. §. ult. D. de app. L. 1. D. an per alium cauſ. ap. red. poſſ.* Eſt autem iuſta cauſſa appellationis quicquid eſt, quo demonſtratur iudicem inique, & contra ius iudicaſſe. Ut ſi orta de vi & poſſeſſione controverſia iudex de poſſeſſione prius pronunciarit, quam crimen violentiæ excuſſerit. *L. 1. C. de app.* & ſi qua ſunt alia, quæ ſunt infinita.

III. In his cauſſis reddendis quæritur, poſſit ne litigator quidquam allegare amplius ad defenſionem iuris ſui, quam priore iudicio fecerit, & an novis uti probationibus. Item, ſi cauſſas aliquas libello appellatorio ſit complexus, poſſitne his neglectis alias in agenda cauſſa reddere. Et de priore ita cautum eſt in *C. nos. §. 1. C.* de app. *Si quid in agendo negocio minus ſe allegaſſe litigator crediderit, quod in iudicio acto fuit omiſſum: apud eum, qui de appellatione cognoſcit*, perſequendi ius eſſe, licere & novas inſtituere probationes, ſi quid minus probatum exiſtimet: dum teſtibus, quos producet ſumptus ad litem præbeat. Hoc idem & victori tributum eſt conſtitutione Iuſtiniani. *L. 4. C. de temp. app.* Qua conſtitutione hoc edictum eſt ſuperioribus, ita licere utrique parti [4] novis aſſertionibus uti, vel exceptionibus; dum hæ ad novum capitulum non pertineant: ſed ex illis oriantur, & illis coniunctæ ſint, quæ apud anteriorem iudicem fuerunt propoſitæ.

IV. De illo altero, quod quæri diximus, ita ſcriptum legimus ab Ulpiano in *L. 3.* in fi. *D.* de app. *Quid ergo ſi cauſſam appellandi certam dixerit, qui appellavit? an liceat ei diſcedere ab hac, & aliam cauſſam allegare? an non quaſi forma quadam obſtrictus ſit? Puto tamen cum ſemel provocaverit eſſe ei facultatem in agendo, etiam* [5] *aliam cauſſam provocationis reddere perſequique provocationem ſuam, quibuſcumque modis potuerit.*

V. Sed in hac poteſtate duo cavenda ſunt. Intereſt enim primum, quis cauſſas reddat appellationis, quoniam non omnes ad cauſſam appellationis agendam admittuntur, etiamſi maxime eorum interſit. Deinde intra quæ tempora cauſſæ reddantur. Nam & hæc certa eſſe placuit; & eiuſmodi, quibus exactis ſententiæ priori ſtandum ſit. Et ſi de perſona agentis quæritur, poteſt qui appellavit idem & cauſſam appellationis agere, ſive ſuo nomine agat ſive alieno. *L. tutor, D. de app.* Sed ille ſemper ut in re ad ius ſuum pertinente: hic hactenus dum dominos litis iure non prohibebit, hic prohibet cum actionem cauſæ, quatenus per leges licet, ſuſceperit. Neque enim duo domini eſſe poſſunt eiuſdem litis, non magis quam cæterarum rerum, ut ſub titulo de procuratoribus diſſeruimus. Quid hic domino litis liceat, videamus. Et certi iuris eſt, poſſe & hunc cauſſam exequi appellationis; quamvis huius procurator litigando appellationem interpoſuerit. *L. dominus, C. de appellationib.* Sed an ceſſante procuratore id facere poteſt, an & invito, & denique quoties viſum illi fuerit? Verba ſuperioris reſcripti de hac re conſulenda ſunt. Aiunt Imperatores; *Dominus litis cauſſam appellationis, quam procurator ſuus litigando interpoſuit, etiam abſente procuratore exequi poteſt.* Qui dicunt, *etiam abſente procuratore*, hoc includunt, non minus & præſente eo dominum litis cauſſam exequi poſſe. Et cum non diſtinguatur, utrum procurator cauſſam agere paratus ſit, an neget; ſuſpectus ſit, an non ſit:

Part. 2. Tit. 35. §. 1. Sed omnino id appellantis officii eſſe probat *d. L. 7. Cod. h. tit. cap. cum in eccleſia 38. extra eod. L. un. Si pend. appell. mors intervem. &c.* Nam, ſi reus priori ſententia inique condemnatus, actoris probationibus non convictus; non utique hoc neceſſe erit, ut in appellatione negativam probet, ſed oſtendat oportet ex prioris litis inſtrumentis illi probationem actoris ſufficientem non ineſſe.

4) Novæ probationes non fiant ſuper alia re, quam antea vere in iudicium deducta, vid. Mattheſilan. *Sing.* 240. Gilman. *Lib. 1. Deciſ. Cam.* 22. *n.* 8. *& ſeqq.* Et regula *Non deducta deducam &c.* locum habet in concernentibus deciſionem negotii principalis, itaque purgari poſſunt omnes errores, qui cauſſas cauſſæ concernunt, Hieron. Bruckner. *in Corollar.* 1. *ad Deciſ. Maynardi n.* 10. Non autem ea ſic reparari poſſunt, ex quibus ad deciſionem cauſſæ nihil infertur, ut ſunt declinatoriæ & dilatoriæ iudicii exceptiones, Magon. *Deciſ. Florent.* 98. *n.* 11. (ubi eiuſdem naturæ eſſe vult, cautionem pro relevando ſequeſtro) Sich. *ad L. 13. C. de Proc. n.* 13. quia, ait, appellatio ponit rem in eundem ſtatum, quo erat poſt litem conteſtatam. Tum vero in priori inſtantia non licuit obiicere poſt iudicium acceptam exceptiones dilatorias, ſed peremptorias ſolum. Ergo nec hic aliæ audiuntur. Confer. *not ſupra Lib. 22. Cap. 9. N.* 26 Teſtes quoque novos ſuper iiſdem vel directo contrariis articulis producere vetitum, *Nov. Elect. Sax* 21. *Part.* 1. Quod & iure Canonico cautum, ob eundem ſubornationis metum *Clem. ult. de teſtibus*, & num iuri civili conſonum ſit, diſceptatur. Ae Mynſ. 1. *Obſ.* 41. etſi contra in Camera receptum ſit, aliam tamen & quod ius Civile Canonico in eo conveniat, veriorem receptioremque cenſet. Verum & in hoc ipſo quoque adveriatur Rainal. Corſ. 2. *Indag.* 6.

5) Et ſi plura gravamina propoſuit, ſufficit alterum probare, per *L. 13. §. 1. h. t. Cap. ſignificavit.* 48. *extra eod.* modo tendant ad eundem effectum, ſecus ſi ad diverſos, ex Maſuero & Guidone Papa Bredecodus *h. Tr. P. 2. T. 35. §. ſi plura gravamina.*

Digitized by Google

ſit: ſatis argumenti eſt, domino quoties ei viſum erit, cauſæ ſuæ actionem permittendam eſſe, vel invito procuratore. Sed & in *L. ult. D. an per alium cauſ. app. red. poſſ.* generaliter ita ſcriptum eſt: *magis tamen obſervatur, ut audiri debeat in cauſſis appellationis is, cuius abſentis procurator appellavit.* Non memoro, quod in *d. L. ult.* Macer quæſtionem ita poſuerat; *an ceſſante procuratore dominus litis reſpondere poſſit, exemplo adoleſcentis videamus.* Nam cum reſponſio certa ſit, & generalis, non quid proponat, ſed quid reſpondeat, ſpectare debemus; alioqui dicendum erit, ſi procurator non ceſſet, non poſſe dominum litis mandatum revocare, & cauſſas appellationis reddere, quod tamen adoleſcenti conceditur finita curatoris adminiſtratione.

VI. Hic nobis excipiendi ſunt pupilli, & adulti, quorum tutor aut curator in negocio eorum appellavit. Non enim hi poſſunt cauſſam appellationis perſequi, niſi hac lege ſi is qui appellavit tutor aut curator eſſe deſierit: ut ſi interim adoleverit pupillus, aut adultus ad legitimam ætatem pervenerit, *L. ult. §. ult. D. de app.* Fortaſſis ideo, quia quandiu ſuperſunt, qui primi experti ſunt, non ſunt invito adverſario alii admittendi, qui idonee cauſſam tueri non poſſunt, ut ſignificatur in *d. L. ult.*

VII. Ceſſante autem minore cauſſam ad ſe pertinentem exequi non tantum poteſt tutor, aut curator, quamvis finita tutela aut cura, cauſſam a ſe ereptam agere: ſed etiam cogitur, alioqui eorum periculum eſt. Uſque eo tamen, donec rationes reddiderint. Nam poſt redditas rationes, cauſſas appellationis non coguntur reddere. Non hæc tantum tutoris & curatoris conditio eſt: ſed etiam his mortuis heres in periculum medii temporis ſuccedit. *L. tutor, D. de app. L. unica, §. ult. D. ſi penden. ap. mors interv. L. ult. D. ſi tut. vel cur. vel mag. L. un. C. ut cau. poſt pub. adſ. tut.*

VIII. Quibus autem cauſſas appellationis reddere, & litem exequi permittitur, licet his reddere & per ſe, & per [6] procuratorem. *L. Lucius, D. de app.* Sed per procuratorem in his cauſſis in quibus ab initio per procuratorem agere liceret. *L. 1. D. an per al. cau. ap. red. poſſ.* Sunt ex his qui non tantum poſſint cauſſam appellationis cœptam perſequi, ſed etiam cogantur. Sed de hoc tunc agendum mihi videtur, cum quæritur, an quis litem appellationis omittendo pœnam temere appellantibus inductam poſſit evitare. De quo poſtea.

IX. Cauſæ appellationis intra tempus præfinitum repræſentari debent, alioquin magiſtratus, ad quem appellatum eſt rem iudicatam [7] exſequitur. *L. ſi contra, C. de app.* Ut intelligamus nullum locum appellationis relinqui ei, qui intra [8] tempus legitimum cauſſas non reddiderit. Fuit hoc tempus duorum menſium, tum, cum a munere delato appellatur: quos placuit adverſus præſentem computari ſtatim: adverſus abſentem tunc, cum primum cognovit nominationem contra ſe celebratam. Sic enim accepta eſt *L. 1. C. de temp. app.* tametſi verba legis ita ſunt, ut dicat ſpacium interponendæ appellationis computandum eſſe ex eo die, quem modo diximus. Quæ verba non de interpoſita exercenda, ſed de interponenda ea quæ nondum interpoſita eſt, accipienda eſſe videntur. Sed cum conſtet ex *L. 1. §. quod in ſententiis, D. quan. app. ſit.* Intra eoſdem dies appellari debere a nominatione muneris, intra quos appellandum eſt a ſententia, eo decurſum eſt, ut exiſtimetur in *d. L. 1.* duos menſes non ad interponendam appellationem referri, ſed ad exercendam, qui tamen computan-

6) Vid. *Cap. ſæpe contingit* 44. *Cap. interpoſita* 70. *§. 1. extra h. t.* Requiritur autem reſponſalis idoneus ut vocat *d. C.* 44. ſcilicet cui aut tota cauſſa agenda aut defendendi commiſſa aut ſpecialiter appellationis proſecutio & iuſtificatio. Quod ſi non recepta appellatio a iudice nec ab adverſario approbata, eum ad impetrandum ſcilicet reſcriptum & contradicendum iis, qui contra nitentur, conſtitutum eſſe ſufficit *d. C.* 70. *§. 1. &c.*

7) Immo ſi lapſu fatalium deſerta appellatio vel iudex ſuperior deſertam pronunciavit, exſecutio eſt prioris iudicis, ad quem iuriſdictio revertitur, & qua iudex appellationis ob deſertionem caret, per *L. ult §. 4. C. de temp. app.* verbis: *Sententiam ad effectum perduci tanquam ſi ab initio minime fuerit provocatum*, & arg. *Cap. cum. in eccleſia.* 38 *extra h. t. Clem. pen. eod.* Gail. 1. *Obſ.* 113 *n.* 14. *&* *Obſ.* 137. *n.* 3. Mynſ. 4. *Obſ.* 94. Wurmſ. *T.* 13. *Obſ.* 3. *n.* 2. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *T.* 41. *f.* 683. Certe *d. L.* 8 Donelli opinionem non probat. Neque enim inde apparet, an rector, de quo ibi, appellatus fuerit, an alius ab illo. Atque hic iudex ſuperior nec ex conſenſu partium de cauſſa principali iudicare poteſt; niſi ſi iniquitas appellationis conſtet ex litis inſtrumentis, ubi ſententia prior confirmari poteſt. Quod prodeſt appellato ad hoc, ne deſertor reſtitutionem adverſus lapſum fatalium impetrare poſſit, Gail. *d. Obſ.* 137. *n.* 1. *&* 2. In Curia provocationum Elect. Sax. appellationem deſertam pronunciari oportet, & cauſſam ad iudicem a quo remitti, quam is non prius exſequitur, quam ubi ea ſententia in iudicatum tranſit, Moll. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 5.

8) De fatalibus proſequendæ & finiendæ appellationis, vid. Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 228. *& ſeqq.* P. Gregor. 6. *de App.* 10. Menoch. *Arbitr. Cap.* 446 Mynſ. 1. *Obſ.* 31. 5. *Obſ.* 57. *&* 6. *Obſ.* 12. Gail. 1. *Obſ.* 141. Quintilian. Mandoſ. *in Caſib. annalib. n.* 134. Veſtr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 5. ibique Gravat. Iure Saxonico habentur præter annum ſex hebdomadæ & tres dies, *Lib.* 1. *Art.* 38. Coler. *Deciſ.* 140. *n.* 4. Verum in iudicio appellationum Elect. Sax. appellatio introducta proximis ſeſſionum diebus, qui ſemeſtri lapſo recurrunt, peragenda appellanti, ni legitime ſe impeditum doceat, alias deſerta iudicatur, Moller. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 3.

putandi sunt ex die interponendæ appellationis quemadmodum & illi dies, intra quos appellari debet. *L. 1. §. ult. D. quan. app. sit.*

X. Aliud iuris eſt, cum a ſententia provocatur. Huius generis appellationibus exercendis Iuſtinianus annum præſtituit ita, ut hoc exacto perinde rata ſit prior ſententia, quaſi provocatum non eſſet. Niſi tamen appellator doceat per ſe factum non eſſe, quo minus cauſſam perageret: ſed aut iudicis iniuria, aut alia inevitabili cauſſa eſſe prohibitum. Quo probato iuſſit 9 alterum annum accedere. Biennio vero tranſacto, vetuit amplius appellatorem audiri, ne ſi per iudicem quidem ſteterit, quo minus cauſſam exſequeretur; *cum* inquit, *ſit ei apertiſſima facultas, & noſtram adire maieſtatem, & 10 tarditatem iudicis in querelam deducere, & noſtro beneficio perpotiri:* hoc in *L. ult. §. illud, C. de temp. app.* de qua conſtitutione idem multis agit in *Nov. 50. de his qui ingre. ad app.* in prima parte eius conſtitutionis Eandemque illam in extremo eius partis nominatim confirmat. Sed quoniam videtur velle ea conſtitutione aliquid in iure ſuperiore innovare, quidnam illud ſit, quod agit, dicendum videtur. Et animadverto eſſe, quod ſuperiori legi adiiciat, non quo illi quidquam deroget. Nam ſi vellet victor appellatore ceſſante obtinere, ut ſententia confirmaretur etiam biennio nondum exacto, poteſtatem fecit 11 id poſtulandi a iudice appellationis: ſed ſub finem biennii tunc cum unus adhuc menſis ex biennio ſupereſt. Quo poſtulato, ſi etiam victor appellatorem perquiſiverit, iuſſit iudicem cognoſcere, & iudicare, ſive appellator inventus erit, & copiam ſui faciat, ſive neutrum. Sed pro hoc commodo, illud incommodum victoris eſſe voluit, quod non patitur ſecundum victorem ſemper ſententiam ferri, ut illi prior ſententia confirmetur, quod utique ſemper fieret, ſi ille biennium exire pateretur. Sed hac conditione ſi ex his quæ acta ſunt, compererit victorem iure ſuperiorem eſſe. Sin contra iubet pro appellatore, quamvis abſente ferri ſententiam. Hactenus tamen, utroque caſu ſemper abſens in ſumptus litis condemnetur: hinc ſumpta *Auth. ei qui, C. de temp. app.* Idem & poſt biennium agendi poteſtatem fecit duabus in cauſſis. Una eſt, cum appellationis cauſſa 12 agitur in conſiſtorio Principis. Et per procerum ordinem factum eſt, quo minus intra biennium ſententia ferretur. Iniquum enim putavit propter occupationes, ut loquitur, quas circa miniſteria Principis habere noſcuntur, cauſſas hominum deperire. Hoc in *L. ult. §. ſi tamen, C. de temp. app.* Altera cauſſa eſt, cum lite appellationis cœpta alioqui arbitri eliguntur a litigatoribus, & cum interim hi cognoſcunt, biennium exiit. Hic ſi forte poſtea cauſſa redeat ad iudicem appellationis, iuſſit, nihil obeſſe id tempus quo res arbitrorum cognitioni ſubiecta fuit. Sed hoc neglecto integrum legitimum tempus appellatori ſervari: etiamſi decies millies biennium præteriiſſet 13. Hoc in *Nov. 93. de. app.* Unde *Auth. ſi tamen, C. de temp. app.* Quod cauſſis tribuit Iuſtinianus, hoc perſonæ tributum eſt a Conſtantino. Hic enim 14 heredibus appellatoris in univerſum conſuluit ita, ut his præter legitimum tempus, quod reſtabat vivo, indulgeret quatuor menſes

iude

9) Vid. Gilman. 2. *Deciſ. Com.* 49. *n.* 30. *& ſeq.* ubi quæ requirantur, ut detur annus ſecundus, Marant. *P.* 6. *b. t. n.* 231. *& ſeq.* ubi contra DD. vulgo ſatis adſtruit, non ſimpliciter dari biennium, ſed exiſtente cauſſa impedimenti. Atque hic proteſtari de diligentia oportet, alias negligentia in iudice non præſumeretur, Gravat. *ad Veſtr. Lib.* 3. *Cap.* 5. Nec unica proteſtatio ſatis, ſed aliquoties repetenda, Gail. 1. *Obſ.* 141. *n.* 9. Quod tamen in curia Procurationum Electorali neceſſarium non eſſe, monet Moll. *d. Cap.* 32. *n.* 4.

10) Quod hodie non ſervatur. Raro quippe in locis, qui iure communi reguntur, appellationes biennio terminantur, etſi apud nos pleræque citius: Gail. *d. loc. n.* 8. Et in Curia Romana quoque poſt biennium prorogationem fatalium peti licere bis, & ter quoties iudici videtur, Veſtr. *Lib.* 3 *Pract. aula Rom. Cap* 5. Iudici vero a quo idem non licet, vid *not. cap. præced. N.* 11.

11) Quod declarantem vide Gail. 1. *Obſ.* 122. *n.* 3. *&* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. b. t. Reſol.* 7. *n.* 8. *& ſeqq.* Marant. *P.* 6 *b. t. n.* 244. ibique Ioan. Ruland. *in addit.*

12) *Cap. anteriorum* 28. §. *ad hae Cap.* 2. *Quæſt.* 6. Hinc fatalia proſequendæ non currunt in Camera, vid. Gail. 1. *Obſ.* 131 *n.* 7. etſi ſi eadem coram inferioribus antea non ſervata appellatio ceu deſerta non recipitur *ibid. num.* 8.

13) Vid. Mattheſil. *in d. Auth. ſi tamen & Sing.* 24. Cuiac. *in d. Nov.* 39. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 2. Maranta *P.* 6. *b. tit. n.* 242. Anton. Gabr. Rom. *Com Concluſ. Lib.* 2. *Tit. de Arbitr. Concl.* 4. Veſt. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 17. & ibi Gravat. *n.* 41. quid aliud ſtatuit, ſi in arbitratores compromiſſum. Num autem alias conventione partium fatalia hæc extendi poſſint, anceps contentio eſt. Receptior vero eſt affirmativa quæ & in Camera recepta dicitur, Gail. 1. *Obſ.* 141. *n.* 6. etſi in illo obloquatur Gravat. *ad Veſtr.* 7. *Pract. ult. n.* 42) Pro qua facit *Clem. quamdiu b. t.* Eamque pluribus firmant Maranta *P.* 6. *b. t. n.* 236. *& ſeqq.* Afin *Praxi iud.* §. 9. *Cap.* 9. add. Corſet *Sing.* 9. *n* 1. Mattheſilan. *ad d. Auth ſi tamen C. de temp. appell. n.* 10. *& ſeqq.* Teſſaur *Deciſ.* 244. Trentac. 2. *Pract. Reſol. b. t. Reſol.* 10. *n.* 14. Et ſane ea aperte confirmata eſt *Conſt. Frider. de pace conſtantiæ.* § *in cauſſis appellationum.* Quin in Curia appellationum Elect. Saxon. etiam tacite hæc fieri poteſt prorogatio, neutro videlicet comparente, aut appellato de deſertione non conquerente, Moll. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 5. Plane quin coarctare partes poſſint, minus dubitandum, quia hæc contractio publico favori convenit, ut lites citius dirimantur, Afin. *d.* §. 2. *Cap.* 10.

14) Vid. Matheſilan. *ad d. t.* C. P Greg. 8. *de App.* 4. *n.* 8. *& ſeqq.* Quod pauperi fatalia non currant, Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 41. *n.* 2. *& ſeqq.* Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 20. Gail. 1. *Obſ.* 146.

inde numerandos, ex quo tempus ad deliberandum concessum præterierit. Lex est *ultima*, *C. si penden. app. mors intervenerit.*

C A P. IX.

Quod sit officium iudicis in caussa appellationis, & quæ sint huic iudicio cum priore communia, quæ huius propria.

De iudicis officio communia quædam priori iudicio, quædam appellationis propria. I.

Communia *quinque*. 1. *Ut litigantes patienter audiat intra tempora appellationis*. II.

2. *Ut integra omnia & illæsa pendente appellatione servet & tueatur: quæ hæc sint*. III.

3. *Ut redditas appellationis caussas cognoscat, & sententiam proferat; vel iis minime redditis rem indicatam confirmet, atque exequatur*. IV.

4. *Ut iustam esse pronuntiet, vel iniustam prioris iudicis sententiam (hanc æstimari ex eo tempore quo lata fuit)*. V.

Item ut fructuum, & litis sumptuum nomine victum condemnet, seu in id quod interest, cum agitur de facto. VI.

5. *Ut sententiam ipse suam, si ab ea provocatum non fuerit, exequatur etiam in criminibus*. VII.

Propria. 1. *Ut & pendente appellatione innovetur aliquid interdum, in pœna, & quatenus*. VIII.

Item in sequestratione, duobus in casibus. IX.

Quid in cæteris rebus, & adversus alios præter appellantem innovetur. X.

2. *Ut in appellationis iudicio possit magistratus superior caussam alteri delegare, & etiam uno ex litigatoribus agente ferre sententiam*. XI.

3. *Ut imponere pœnam teneatur iniusto appellatori*. XII.

Nisi in tempore renunciaverit appellationi, aut transegerit. XIII.

Quid si, eo interim decedente, renunciavit heres, aut prosecutus fuit appellationem. XIV.

4. *Ut, si pendente appellatione reus decesserit, crimen extinguatur: sed bonorum quæstio superfit*. XV.

I. Nunc de officio iudicis id est, quid eum litigatoribus in hac caussa propter appellationem præstare oporteat, videamus. Et sunt pleraque in hoc genere cum iis, quæ in primo iudicio præstanda esse diximus, communia, ut de his monere tantum sufficiat. Quædam propria huius iudicii quæ ideo præcipue animadvertenda videantur.

II. Illa communia. Primum quia hic, de quo diximus, iudex est, eumque caussas appellationis cognoscere oportet: ideo eius officium est, ut litigatores caussam agentes patienter audiat intra tempora constituta.

III. Proximum est, ut quoniam dum caussa agitur, in suspenso est, an quod ante iudicatum est, valeat nec ne: Idcirco interim perinde habeatur quasi nec iudicatum esset. Hac de caussa pendente appellatione nihil innovetur, sed omnia appellatori [1] serventur integra in id tempus cum de re pronunciatum fuerit. *L. unica*, *D. nihil innov. app. interp. L. 3. C. de app.* Quod ins non solum ad bona sed etiam ad statum personæ, & quicquid est, quod legibus cuiquam tribuitur, pertinet, scilicet, ut appellatione pendente, neque sequestrationem rei possessæ,

1) *Nov.* 134. *Cap.* 3. *in fin.* Et ita Frider. II. *Imp.* apud Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 46. *in fin.* & *Epistol.* 81. 84. 89. &c. quod attentatum sit, in irritum revocari, & in statum pristinum reduci iubet *Cap. bona.* 51. *extr. h. t.* & *simil.* Unde vulgatissimum illud: Attentata ante omnia revocanda: vid. citatos *infra h. Cap. N.* 9. Et appellatione manus clauditur inferiori ac facultas ulterior constringitur, Damhud. *Praxi civ.* 242. *n.* 2. & DD. passim. Uti & intra decendium datum appellationi, Corset. *Sing.* 7. *n.* 1. Etsi iustæ appellationi non deferens exsequi velit, ei de facto resisti potest, Coras. *de Iur. arte P.* 2. *Cap.* 8. Sed & appellans pendente appellatione si quid innovet, deferere appellationem ac ei renunciasse censetur, maxime si adversarium possessione sua spoliet *Cap. un fit.* 42. *h. t.* tum quia actus is contrarius litis pendentiæ, tum quia iudicem contemnens iuris auxilio indignus, vid. Gail. 1. *Obs.* 146. *n.* 12. & *seqq.* Mynf. 2. *Obs.* 50 Menoch. *Arb. Cas.* 16. *n.* 2. Lanc. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4 *Limit.* 2. *n.* 95. & *Part.* 3. *Cap.* 31. *n.* 252. P. Greg. 7. *de App.* 3. *n.* 4. & 5. & *Lib.* 8. *Cap.* 4. *n.* 10 Quod tamen temperant nonnulli, Cothman. *Iur. Resp.* 96. *n.* 87. Plane innovare non dicitur, qui possessionem suam continuat, Menoch. *Recup. poss. Remed. ult. n.* 49. P. Æmil. *Decis. Rota.* 51. *Parte* 1. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 1. *T.* 10. *definit.* 3.

Digitized by Google

feſſæ, neque eius reſtitutionem, neque vincula, neque ordinis aut famæ iacturam, neque omnino ullam pœnam pati debeat is, qui appellavit, qui quid eorum ante condemnationem pati non deberet, ſed ſint ei omnia in eodem ſtatu. Cuius rei exempla extant in *d. L. unica*.

IV. Tertium eſt in officio iudicis, ut ſi cauſſæ appellationis intra tempora conſtituta redditæ fuerint, [2] eas ille cognoſcat: In his merita cauſſæ conſideret: ſic deinde ſententiam proferat. *L. eos*, *§. ſuper*, *C. de app.* Si redditæ non fuerint, non minus & hic ſententiam ferat, ac rem iudicatam confirmet, quam deinde [3] exequatur. *d. L. eos. arg. L. ſi contra*, *C. eod.* Et quemadmodum primus iudex iudicare ipſe cogitur: ita de iis, qui de appellatione cognoſcunt, conſtitutum eſt, ut omnem cauſſam propria ſententia determinent, non [4] ad ſuum iudicem negocium remittant. *d. L. eos*, in princ.

V. Quartum poſitum eſt in ſententia, quæ & ipſa ferri debet de eo, quod poſitum eſt. Hoc autem agitur appellatione, ut declaret iudex ſententiam prioris iudicii iniuſtam eſſe, aut iuſtam. Quapropter & hoc ipſum [5] pronunciare iubetur. *d. L. eos* in princ. Quo loco exiſtit dubitatio ſi forte ius ſecundum quod, aut contra quod prior ſententia lata erat, mutatum ſit poſtea, ut nunc quidem diverſum ſit, cum res ex appellatione iudicatur: Utrum iuſta vel iniuſta ſententia pronuncianda ſit ex eo iure quod nunc eſt, an ex eo, quod priore iudicio valuit. Et de hac re nominatim conſtitutum eſt a Iuſtiniano *Novell. 115. ut cum de appell.* in princ. Videri æquum, ut ſecundum eas leges appellationis cauſſa examinaretur, & finem acciperet, [6] quæ tempore prolatæ ante ſententiæ obtinuerunt. Et recte, non enim quæritur, qualis eſſet ea ſententia ſi nunc ferretur: ſed qualis tunc fuerit, cum lata eſt. Quod ſane ex eo iure, quod tunc fuit æſtimandum eſt.

VI. Quod autem dicitur de priore ſententia, ita pronunciatum eſſe, iuſtam hanc eſſe, aut iniuſtam, non eo pertinet, quaſi non ultra progredi iudex debeat. Sed quemadmodum in priore iudicio: ſic in hoc & victus de fructibus, qui percipi potuerunt, uſque ad tempus rei iudicatæ, itemque in ſumptus litis [7] condemnandus eſt. Nec minus cum de facto agitur, condemnatio facienda eſt in id, quod intereſt: id eſt, in æſtimationem damni, quod adverſarius paſſus eſt ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit. Ex quo eſt illud, quod de his, qui honore, aut munere ſibi delato appellarunt, conſtitutum eſt, ut is, qui non iuſte appellavit, damnum agnoſcat, ſi quod Reſpublica paſſa ſit. *L. Imperatores*, *§. ſi magiſtratus*, *D. de app. L. 1. D. ſi tutor vel cur. vel magiſt.* Hoc enim eo fit, quia qui

2) Quid ſi ſententia prior plura capita continuit, ac a quibusdam appellatum, nunquid tota cauſſa ſuſpenſa & ad ſuperiorem devoluta, an vero pro parte ea, qua non appellatum eſt, inferior exſequi poteſt. Variant noſtri. Quidam indiſtincte totam iuriſdictionem ſuſpendi æque ac ſi ab omnibus articulis, etſi articulus is, a quo appellatum, cum reliquis nihil commune habeat, Damhuder *Praxi civ. C.* 242. *n.* 2. Alii diſtinguunt an capitula ſententiæ connexa ſint, an ſeparata. Boer *Deciſ.* 73. Trentacinq 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 7. *n.* 13. *& ſeqq.* Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 2. *n.* 6. add. Zobel. *P.* 1. *Diff.* 42. *n.* 3. qui eam opinionem, quod pro parte ſuſpendatur, uſu ſervari ſcribit. Confer. Petr. Heig. *P.* 2. *Q.* 21. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 467.

3) Nec in hoc DD. omnino conveniunt. Receptior tamen eſt, quod ſuperior exſequatur, etſi confirmet priorem ſententiam, modo expreſſe, cauſſæ meritis excuſſis (non ſi propter deſertionem, aut lapſum fatalium, vid. *not. C. praced. N.* 7.) Mynſing. 4. *Obſ.* 94. *&* 5. *Obſ.* 94. Coler. *de Proceſſ. exſec. P.* 2 *Cap.* 1. *n* 97. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit* 41. *fol.* 686. Diſt. P. Greg. 8. *de Appell.* 5. *n.* 4. Cuiac. 20. *Obſ.* 36. Quos etſi non ſatis revincat *d. L.* 6. *pr.* cum per recurſum ibi remiſſio cognitionis cauſſa, non autem executionis intelligi poſſit, nec *L.* 32. *§.* 2. *C. ho. tit* quæ de iudicato accipi poteſt, quo prior ſententia iniuſta pronunciatur, Cuiac. *d. loc.* Satis tamen refellit *Auth. ſi quis litigantium. C. de Epiſc & Cler.* verbis: *Per ſententiam ſuam confirmet & exſecutioni propria tradat*, &c. Sane ſi ab interlocutoria male appellatum pronuncietur: ad priorem iudicem, cuius officium, nec dum finitum eſt, recurritur, *Cap. cum in Eccleſia*. 38. *Cap. ut debitus*. 59. *extr. h. t.* Mynſing. 4. *Obſ.* 94. Gail. 1. *Obſ.* 131. *n.* 2 *&* 2. *ſeqq.* ubi tamen ſi inferior detulerit appellationi, cum eo ipſo iuriſdictionem omnem a ſe abdicaverit, non teneri ſuperiorem cauſſam remittere, ſed poſſe, ſi velit, idque expreſſe tunc fieri debere docet, add. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſerv.* 27.

4) Quin etſi ab interlocutoria appellatum, ſi male iudicatum pronunciatur, tota cauſſa ad ſuperiorem devolvitur, *d. Cap.* 59 *h. t.* Gail. *d. Obſ.* 131. Notabiliſque eo caſu cautela pro appellato traditur, ut renuncians articulo appellationis in cauſſa principali cognoſci petat, quod appellans impedire non poterit, tum quod ipſe iuriſdictionem inferioris appellando declinaverit, tum quod ſi appellatio eius iuſta pronunciaretur, cauſſa tota ad iudicem appellationis non minus devolveretur, Gail. 1. *Obſ.* 136. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 32.

5) Nil vero refert, an verba dirigat ad appellationis, an ad ſententiæ actum. Perinde eſt, ſive dicat bene vel male appellatum, ſive bene, vel male iudicatum, ſive hæc, ut ſtilus fere eſt, coniungat, ſive neutrum dicendo condemnet, aut abſolvat, vid. Hartm. *Tit.* 18. *Obſ.* 6. Wurmſer *Tit.* 24. *Obſ.* 28. Tametſi olim plerumque ita pronunciari conſueviſſe, iuſtam iniuſtamve appellationem videri, probat Cuiac. 4. *Obſ.* 18. uti & reiicienda formula hæc tempore Conſtantini: A re bene iudicata temere appellaſti furoris audacia.

6) Petr. Gregor. 8. *de Appell. ult. n.* 10. Sicuti quoque ſententia ferenda. Statuta & conſuetudines loci, ubi primo cauſſa tractata, Guid. Pap. *Deciſ.* 237. *n.* 1. Heig. *P.* 1. *Q.* 4 *n* 40. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n* 27. Diſſentit quodammodo Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 21 *n.* 3. Eiuſdemque naturæ eſt cauſſa appellationis, cuius cauſſa principalis, ut ſi illa ſummaria, & hæc. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 520.

7) Indiſtincte, ſi appellans victus *Cap. fin.* 5. *de dol. & contum.* Gail. 1. *Obſ.* 152. *n.* 4. vid. tamen Petr. Gregor. 8. *de Appell.* 5. *n.* 8. Sed ſi appellatus, tunc ubi ex veteribus actis lata ſententia, ut not. *ſupra Lib.* 26. *Cap.* 3. *N.* 8. *cir. med.*

qui ad munus vocatus erat, rem gerere debuit, quod non fecit, qui munus detrectans appellavit.

VII. Reliquum est in iudicis officio, ut quamcunque sententiam dixit, a qua provocatum non est, is rem iudicatam etiam [8] in criminibus exsequatur. *L. si contra L. addictos.* in fi. *C. de app.* In quibus omnibus easdem partes officii prioris iudicis, eondemque ordinem rei quærendæ animadvertere possumus.

VIII. Sed sunt quædam ut dixi, appellationis propria. Primum, quod dixi appellatione pendente nihil innovandum, eiusmodi est, ut non sit perpetuum. Et quidem [9] in pœna & sequestratione bonorum interdum secus se habet. In pœna sic accidit. *Si quis enim ex pluribus facinoribus condemnatus propter quædam appellavit: propter quædam non:* Extat Ulpiani distinctio in *L. un.* in fi. *D. nihil innov. ap. inter.* in hæc verba, *ut si quidem graviora sint crimina, propter quæ appellatio interposita est: levius autem id, propter quod quis non appellaverit, recipienda sit omnino appellatio, & pœna differenda. Si vero graviorem sententiam meruit ex ea specie, ex qua non est appellatum:* id est, si in ea specie qua gravius crimen versatur, unde est gravior sententia, appellatum non est: *omnino*, inquit, *pœna imponenda est*. Cuius distinctionis fortassis illa ratio est, quod una pœna imposita periculum est, ne tantum de facultate sequentis pœnæ ferendæ detrahatur, ex quo etiam sequenti caussæ præiudicium fieri videtur. Scimus autem per minorem caussam maiori præiudicium fieri non debere. Quod non in contrarium valet. *L. per minorem. D. de iudic.* Ita minor pœna semper differenda est: maior omnino imponenda.

IX. Sequestratio autem pendente appellatione duabus in caussis usurpatur. Primum tunc, cum non a sententia, sed ab executione sententiæ appellatur: quibus in caussis id licet facere. Hic enim cautum est, constitutione Valentis; *ut si res mobilis est, ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur, & sequestri idoneo collocetur reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor iudicaverit. Quod si de possessione vel de fundis exsecutio cessaverit, fructus omnes qui tempore interposita provocationis capti, vel postea nati erunt in deposito collocentur iure fundi, penes eum, qui appellaverit, constituto,* verba sunt legis: *ab executione, L. quor. app. non recip.* Sed & tunc, cum appellatum est a sententia, visum est æquum esse fructus agri, de quo disceptatio est, apud sequestrem deponi, si possessor doceatur eos populari; ita cavetur in *L. Imperatores, §. ult. D. de app.*

X. Præterea etsi cæteris in rebus nihil innovatur adversus eum, qui appellavit, est tamen interdum, quod propter appellationem interpositam innovetur adversus alios, Quod fit in eo genere appellationis, cum ab honore delato appellatum est. Constitutum est enim si magistratus creatus appellaverit, interim collegam eius utriusque officium sustinere debere, credo, quod in ea re nihil magni oneris imponatur ei, qui utriusque personam sustinebit. Honos enim amplior defertur, non munus imponitur. Itaque non idem servatur, cum tutor aut curator a munere delato appellavit; Sed placuit in locum eius, qui appellavit, alium esse dandum, quoad usque appellatio pendeat. Hæc in *d. L. Imperatores, §. si magistratus*, & seq. *D. de app.*

XI. In potestate sententiæ dicendæ duo hic singularia. Unum, quod non semper cogitur iudex sententiam dicere. Permittitur enim superioribus magistratibus, ut præfecto prætorio caussam iudicio Rectoris provinciæ [10] delegare, sive mediocritas negocii, vel longinquitas regionis ad iudicium supremi magistratus litigatores sine evidenti incommodo venire non patiatur. *L. cum post C. de app.* Alterum

8) *L. 33. §. 2. Cod. eod.* Quod expeditum apud omnes, cum sententia prior infirmatur. Cuiac. 20. *Obs.* 36. Coler. *de process. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 98. non æque quando confirmatur, ut *not. h. C. N.* 3.

9) Longe plures a DD. proferuntur Nam Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. appellatio n.* 20. *et seqq.* casus 23 exceptos refert: & limitationes 54 statuit Rob. Lancellot. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 12. qui de his fuse tractat. Adire quoque potes Petr. Greg. *Lib.* 7. *de Appell. toto.* Matant. *hoc tit. n.* 173. *et seqq.* Vest. *Lib.* 8. *Pract. Cap.* 4. Gail. 1. *Obs.* 144. *et* 2. *seqq.* Mynsing. 1. *Obs.* 26. *et* 3. *Obs.* 33. Ottom. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 5. Raud. *Decis.* 13. *n.* 5. *et seqq. et decis. seq.* Guid. Papæ *Decis.* 313. Afflict. *Decis.* 251. *ac seq. et* 354 P. Æmil. *Decis. Rota.* 49. *et seqq. P.* 1. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 1. *Tit.* 39. Fr. Pfeil, *Consil.* 179, Sixtin *Consil. Marp.* 38. *n.* 60. *et seqq. Vol.* 2. Quod hoc ius non habeat locum quoad tertium ratione sui interesse aliquid molientem, nisi insistatur iuri caussæ principalis, Menoch. *Recup. poss. Remed.* n. 47. Sententia pro paupere lata ita suspensa, quod is interim ex fructibus bonorum litigiosorum ali debeat, Cornel Benincas *de Privileg. paupertatis. Quæst.* 7 *Special.* 4. *n.* 17 Et quæ ad faciliorem expeditionem appellationis faciunt, ac in commodum appellantis, non vertus iudici, *Cap. cum teneamur.* 17. *ext. h. t.* modo articulo appellationis se non immisceat, vid. Moller. 4. *Semestr.* 31. *num.* 6

10) De Iudice, cui caussa appellationis delegata est, vid. Zoan. *Rer. quotid. Cap.* 21.

rum quod dum sententiam feret, id facere potest vel ex una parte, ut Iustinianus loquitur: id est, quanvis appellator in iudicium solus venerit, aut venerit solus victor. Ac proinde, quamvis [11] lis contestata non sit, hoc inquam speciale privilegium esse eius qui appellationi præsidet, etiam ex iure vetere scribit Iustinianus in *L. ult.* §. *illud*, *C. de temp. app.*

XII. Et est illud proprium huius iudicii, in iis quæ iudicem pronunciare oportet, quod iubetur præter alia omnia pœnam pecuniariam sententia sua imponere ei, qui malam litem fuerit appellatione persecutus, ne temere ac passim omnibus provocandi facultas præbeatur. *L. eos*, §. *ne temere*, *C. de app.* videtur autem postea constitutione Valentis pœna [12] definita esse, ut esset quinquaginta librarum argenti. Sic enim verba sunt. *L. ab executione appellantes*, *vel ab articulo*, *si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit: quinquaginta librarum argenti animadversione mulctandos.*

XIII. Huius pœnæ metus facit, ut permulti, cum appellarint, caussæ diffidentes non audeant expectare eventum iudicii. Sed cupiant in tempore appellationi renunciare, quo pœnam evitent. Ideo quæritur, an hoc eis facere liceat. Et puto, si usque ad libellos appellatorios tantum processerit, neque induxerit appellationem, hoc cuivis licere [13] impune. Quid enim aliud sibi volunt Imperatores in *L. si quis libellos*, *C. de app.* his verbis: *Si quis libellos appellatorios ingesserit*, *sciat se habere licentiam arbitrium commutandi*, *& suos libellos recuperandi ne iustæ pœnitudinis humanitas amputetur.* Quod si eo usque progressus fuerit appellator, ut appellationem induceret: vel ex superiore constitutione licet colligere non esse pœnitentiæ locum, quo minus qui appellavit in pœnam iniustæ appellationis incidat. Et sane in *L. eos*, §. *ne temere*, *C. de app.* cum de hac pœna imponenda cavetur, non dicitur hanc eum sustinere debere, qui condemnatus sit, aut qui tantum appellaverit. Sed eum qui litem fuerit prosecutus. Plane si pendente appellatione de negocio transactum sit inter litigatores, non potest hæc pœna adversus appellantem statui, cum iudicium hoc modo finiatur. *L. si contra*, *C. de app.*

XIV. Sed etsi appellator interim decesserit, siquidem heres eius persequatur appellationem. Idem de eo, quod & de appellatore statuendum est. Sin appellationi renunciat, hac pœna non tenebitur: quoniam in pœnam heres non succedit. *L. pen. D. de op. nov. nunc.* Nam quod dicitur in *L. unic. D. si pend. app. mors interv.* heredem caussas appellationis reddere debere, si adversarii intersit: non eo pertinet, ut si non fecerit, plecti debeat, quasi iniustam litem esset prosecutus. Sed ut significetur, eum alioqui rei prius iudicatæ stare oportere. *L.* 1. *C. eod. tit.*

XV. Postremo hoc plus valet, in criminibus appellatio, quam primum iudicium institutum: quod defuncto eo, qui reus fuit criminis, crimen extinguitur, adeo ut nec de pœna pecuniaria supersit actio. *L. defuncto*, *D. de accus.* *L.* 2. *L.* 3. *C. si reus vel accus. mort. fuer.* Quod si reus condemnatus appellarit, ac deinde pendente appellatione decedat, semper quidem eius morte crimen extinguitur. Sed si præsidis sententia sua specialiter bona adeunt, supererit bonorum quæstio: adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, obtinere potest, quam si in reddendis caussis appellationis iniquitatem sententiæ detexerit, ut expressum [14] est in *L.* 3. *C. si pend. ap. mors interv.* & *L. unic.* vers. *quamvis*. *D. de eod. tit.*

11) Consentit Io. Wames. *ad Cap. per tuas*. 58. *extr. h. t. n.* 4. Ant. Rambaud post alios *Addit. ad Decis. Pap.* 58. & de communi testatur Franc. de Caldas *ad L.* 3. *C. de in integr. rest. in desin. v. per quod pristinum ius recup. n.* 42. modo in priori instantia lis contestata fuerit. Tametsi hoc contentione & contradictione, distinctionibus item non careat, vid. Mathesilan. *Sing.* 63. & ibi Sarayna, Bover. *Sing.* 36. *n.* 9. Mynf. 1. *Obs.* 1. Gail. 1. *Obs.* 76. Vigel. *de Lit. contest. Cap.* 2. *p.* 554. Obrecht. *de Lit. contest. Cap.* 4. *num.* 36. *& seqq.* Covar. *in cap.* Raynald. 18. §. 2. *infirm. n.* 1. fuse Andr. Kohl. *Exercit. legali.* 5. *& seq.*

12) Olim a iudicibus provocare vacuum solutumque omni pœna, ut Tac. 14. *Annal.* Postea ne cui solutum in hoc arbitrium esset, pœnæ præstitutæ, certaque pecuniæ quantitas in æde sacra sponsione facta ni iuste provocasset, deponebatur, quam vincens auferebat; vel intra diem quintum ex die acceptorum apostolorum, idonee datis fideiussoribus cavebat appellans de eadem inferenda, si contra appellationem pronunciaretur, vid. Paul. 5. *Sent.* 35. ibique Cuiac. *&* 21. *Observ.* 33. Briss. 2. *Antiq.* 18. Ræward 5. *Var.* 10. Quæ cautionum & sponsionum ratio sublata, *L.* 6. §. *ult. C. hoc tit.* mulcta subrogata. Eamque esse mulctam quæ dicta præiudicialis *L.* 50. *L.* 65. *C. Th. h. t.* Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* 37. vult Ræward *d. Cap.* 10. quam tamen Cuiac. *d. Cap.* 33. strictius accipit de irrogata ei qui frustratorie ab interlocutione provocavit. De coercitione hac, vid. & Menoch. *Arb. Cas.* 445. Damhud. *Praxi civ. Cap.* 241. P. Gregor. 8. *de App.* 5. Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 346. docens, etsi Iure Canonico illi mulctæ 50. librarum auri non sit locus, alio tamen modo extra ordinem posse coerceri. Iure Saxonico quæ pœna, vid. *Diff. iur. civ. & Sax.* 41. *p.* 1. *n.* 52. Coler. *Decis.* 131. Conf. Mynf. 3. *Obs.* 56.

13) Conf. Gail. 1. *Obs.* 137. *n.* 7. Remitti quoque pœnam ei, qui appellavit a pœna corporali, iudicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 44.

14) Vid. Petr. Gregor. 6. *de App.* 15. *n.* 4. *& seqq.*

C A P. X.

Ad Titulum, De receptis arbitriis. D. & C. Ac primum quæ sit arbitrii utilitas: tum quibus rebus contineatur vis, & auctoritas arbitrorum. Arbitria etiam compromissa dici, & cur.

Transitio ad arbitria. I.
Quæ arbitrii utilitas, & quas hæc habeat conditiones. II.
Naturalis earum quæ de arbitrio quæri solent rerum progressio atque ordo. III.
Prior omnium apud litigantes quæstio. De vi & potestate arbitrii: an hæc talis ut litem dirimat. IV.
Arbitrium litem dirimit, si & probatum sit a iure, & illud præterea leges tueantur. V.
Probatur a iure arbitrium, si suis constet a natura partibus, & habeat factum arbitri legitimum: quot & quæ a natura partes. VI.
Partium una si desit, aut non earum aliqua ad Civile ius conformata, ad nihilum redit arbitrium. Hoc quale sit, explicatur per singulas. VII. VIII. IX. X. XI.
In facto arbitri tria ius requirit. 1. *Communia quædam cum iudicibus ante sententiam: quæ illa sint.* XII.
Quid in cognoscenda causa arbiter a iudice distet. XIII.
2. *Sententiam sive iustam sive iniustam, modo ne quid inhonestum iubeat, sive aliquid statuat præter compromissum.* XIV.
Sententia arbitri iniusta propter dolum stipulantis quando nulla, aut inutilis. XV.
3. *In ferenda sententia circumstantias loci, personarum & temporis.* XVI.
Personarum: *nempe litigatorum præsentiam, & arbitrorum, cum in plures compromissum; quid si hi, vel illi non adsint.* XVII.
Temporis: *quodlibet sententiæ arbitri opportunum tempus (contrariis occurritur.)* XIX.
Nisi dies dominicus obstet, aut aliud iudicium, aut privilegium aliquod; posterius utrumque quid sit. XVIII.
Tuentur arbitri sententiam leges, cum ei parere litigatores cogunt. XX.
Duplex cogendi ratio, obliqua, & directa: sive conventionalis, & legitima: quid sit utraque. XXI.
Prior in facto litigatorum consistit: hæc quid valeat: olim sola obtinuit, & quandiu. XXII.
Posterior est actio aut exceptio; utraque in id prodita a Iustiniano, quando una adsit ex conditionibus ab illo præstitutis; quatuor illæ, & quæ. XXIII.
Quare duæ priores abrogatæ a Iustiniano Iure novissimo. XXIV.
Qualis superior actio & exceptio a Iustiniano prodita. XXIV.

I. HActenus de iudiciis, quæ quidem proprie ita appellantur. Quod genus est eorum Iudicum, quorum publicum est iudicandi munus, quique pro potestate eius muneris iudicium exercent. Erat alterum iudicii genus, de quo initio libri primi proposuimus, quod est iudicum ex consensu sumptorum: id est, arbitrorum, quod ex re arbitrium nominatur. Item & compromissum ex eo, quod litigatores in arbitro sumendo faciunt. Compromittunt enim pœnam invicem hac conditione, si quis eorum non steterit arbitri sententiæ. Quod & ipsum genus ad sumendas lites pertinet. *L.* 1. *D. de recep.* de quo nunc dicendum videtur.

II. Ac ne quis requirat initio, quid sit necesse quærere ex consensu arbitros, cum ubique magistratus parati sint, per quos liceat, id quod volumus, etiam ab invitis consequi: Utilitas arbitrii in promptu est. Iudicium namque res longa est. Persecutio in eo & defensio, ut plurimum & difficilis & molesta. Iudex ipse qui aditur, plerumque impeditur: nonnunquam iniquus aut infensus litigatoribus cuius iudicium subire periculosum est. Vitantur hæc incommoda, si dum erit viri boni & intelligentis minimeque suspecti copia, qui iudicandi operam inter privatos non recuset, hunc litigatores sumant arbitrum, ut velint, quod ille sententiæ dixerit, ratum esse: si modo & illud sequatur, quod quærunt, ut arbitrium finiat controversiam: sed habet inquam, hæc utilitas has conditiones, si sit, qui non recuset sen-

ten-

tentiæ dictionem, etsi arbitrio finiatur controversia.

III. Quod cum ita sit, hæc sunt de arbitriis quæ quæruntur: an quisquam de arbitrio delato, si recuset, cogendus sit sententiam dicere: Si cogitur, quando videatur sententiam dixisse: cum dixerit, quam vim arbitrium habeat. In quibus sunt illa quidem iis, qui in arbitrio progredi velint, naturæ ordine priora: ut quis arbitrium recipiat, tum ut arbitrio recepto dicat sententiam, quibus demum positis sequitur natura, ut dicatur sententia valere, aut non valere.

IV. Verum iis, qui integris rebus deliberent, an arbitro potius, quam iudici rem committant (quod omnibus qui quid aggredi volunt, faciendum est) hoc primum occurrit, de quo sibi constare velint, an arbitrium eiusmodi futurum sit, quod litem dirimat. Hoc enim nisi fit, aut speratur fieri posse: non est cur quisquam alterius arbitrium sequi velit, ubi dubitat, an quidquam proficiat. Neque vero hoc pariter in omnibus arbitriis contingit, ut litem dirimant. Ut igitur intelligant, iam a Principe litigatores in re, quæ ex eorum electione pendet, quid in arbitrio sequi, quid fugere, & omnino quid de eo sibi promittere debeant, ne quid temere aggrediantur aut frustra; ante omnia hoc statuendum est, quæ vis sit, & potestas cuiuscunque arbitrii. Ut hoc cognito, cum decreverint arbitrio rem subiicere, tum illa quærant deinceps, an quis cogendus sit sententiam dicere, & quando videatur dixisse.

V. Ut arbitrium litem finiat, duabus rebus continetur: si id non improbatur iure, & non improbatum si leges tueantur. In utroque horum suæ sunt cautiones. Iam primum etsi omne arbitrium litigatorum consensu constat, nec ob aliam caussam valet, quam quod volunt illi ratum esse, quod arbiter statuerit: dicere autem solemus conventionibus standum esse, nec quenquam fraudari, qui sciat & consentiat. *L. nemo videtur*, *D. de reg. iur.* Tamen arbitriis, ut iudiciis, lex imposita est, ultra quam nullum arbitrium valeat, nec quisquam cogatur ei parere.

VI. Est autem quod animadvertatur, cum in his rebus quibus arbitrium constat: tum in facto arbitri. Constat & constituitur arbitrium natura his rebus, arbitro, litigatoribus, re de qua inter litigatores apud arbitrum agitur, & lege, qua arbitrii potestas arbitro defertur.

VII. In hac constitutione hoc primum observatur, ne quid desit earum rerum, quas supra sum complexus. Quod stultum esset monere, si initium tantum spectaverimus. Nulli enim tam stulti futuri sunt, ut nisi contendant inter se de re aliqua, de re quæ non est, arbitrum quærant; aut cum de vera lite arbitrum quæsierint, putent esse arbitrum, priusquam sit arbiter constitutus, qui sententiam de re controversa diceret. Sed cum erunt hæc omnia ab initio constituta, fieri potest postea, ut eorum aliquid esse desinat. Quod si fit, res eo redit natura, ut solvatur compromissum.

VIII. Moriatur igitur arbiter. Ita solvetur compromissum, ut quamvis unus arbiter iusserit litigatorem adesse Calendis certo loco, non tamen committatur pœna adversus eum, qui non adfuit, si ante Calendas arbiter decesserit. *L. arbiter. cal.* 40. *D. eod.* Definit autem esse arbiter non tantum morte, sed etiam litigatorum conventione. Si proponas diem dictum esse compromisso, & compromissi diem exiisse. *L. quid tamen*, *§. Papinianus*, *§. si intra*, *D. eod.* Sane si nominatim ita sumptus sit arbiter, ut liceret ei diem arbitrii proferre, & protulit, manebit arbiter. *d. §. Papinianus.* Sed hoc inquam in compromisso nominatim caveri oportet. Alioqui & ipse frustra proferet invitis litigatoribus. *L. non distinguemus*, *§. ult.* & *L.* seq. *D. eod.* Et quamvis litigatores prolato die denuo in eum compromiserint, non efficient, ut invitus cogatur esse arbiter, qui iure esse desierat; nisi per eum factum sit, quominus intra diem constitutum partibus suis fungeretur, *d. L. quid tamen*, *§. Papinianus.* In quam sententiam accipi oportet *§. dices*, *L. non distinguemus*, *D. eod.* Potestas diei proferendi nullam aliam dat arbitro facultatem, quam ut diem proroget duntaxat. Quo fit, ut die arbitrii prolato omnia integra manere oporteat, quæ priore compromisso constituta fuerant, id est, conditionem & minorem controversiam, de quibus compromissum factum erat, item pœnam, item & fideiussores, qui dati erant: nisi placeat alios non absimiles dari, contra quam si quid ab arbitrio constitutum fuerit, pro non constituto erat. *L. Labeo*, *§. hæc autem*, *§. ult.* & *L. sequenti*, *D. eod.* Diem protulit non solum qui præsens, sed etiam qui per nuncium, aut per epistolam protulit. *L. diem*, *D. eod.*

IX. Similiter & uno ex litigatoribus mortuo solvi necesse est compromissum: Si hæres defuncti in compromissum non succedat. Sic enim eveniet, ut iam duo liti-

litigatores non sint, sine quibus nullum arbitrium esse diximus. Etsi quidem heredis institutio facta non sit in compromisso, placuit eum in compromisso non succedere, itaque & solvi compromissum. *L. diem*, §. 1. *D. eod.* Et merito. De facto enim suo spondent litigatores, cum spondent se arbitri sententiæ staturos, & eo quidem facto, quod personæ eorum cohæreat. Cur enim ita se arbitro committunt? Quia fidunt videlicet prudentiæ, & æquitati arbitri: sive quod eum norunt, sive quod eum bene erga se affectum existimant. Mutata conditione personarum, non continuo heredes idem facerent, ac propterea eiusmodi factum est, quod ad alios non transeat. *arg.* §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. serv.* Quod si heredis mentio in compromisso facta fuerit, compromissum heredes tenebit propter conventionem. *d. L. diem*, §. 1. Heredem intelligimus utriusque partis. Si enim ab altera duntaxat parte heredis mentio comprehensa fuerit, placet compromissum solvi morte cuiusvis ex litigatoribus, non secus, quam si neutrius heredis persona esset comprehensa. *L. sed* & 49. §. *ult.* *D. eod.*

X. Eadem rei controversæ quæ arbitri & litigatorum ratio. Sive igitur de negocio transactum sit, sive eius parte aut acceptilatione, aut homine mortuo qui petebatur, aut quo alio modo sit liberatus: quia res sublata est, de qua iudicium fieri oportebat: solvetur compromissum *L. non distinguemus*, §. *item non est*, §. *summa D. eod.* Ergo hoc primum dicebat natura, non posse constitui arbitrum sine iis rebus quatuor, quas supra dixi.

XI. Illud efficit ius civile, ne semper omnes illas intervenire sit satis: quia non omnes ad constitutionem arbitrii eo iure admittuntur. Non quivis est idoneus arbiter: non inter quoslibet arbitrium consistit, non de re qualibet, nec quavis lege recte constituitur. Non omnes, ut dixi, idonei arbitri habentur. Primum quicunque iudices esse non possunt, iidem arbitri officio fungi non possunt. Quo in genere sunt servi *L. Pedius*, 7. §. *ult.* & *L.* 9. *D. eod.* Item fœminæ. *L. ult. C. eod.* Item hi, qui facultate iudicandi destituuntur: minor annis 25. furiosus, mutus, surdus: de quibus in *L.* 3. in princ. & *L. sed si.* 9. §. *sed neq. D. eod.* Minorem quidem viginti annis constat compromissorium iudicem eligi non posse. Id enim diserte scriptum est in *L. cum lege*, *D. eod.* Sed hoc ipsum dubium fecit, an Maior viginti annis, si minor sit annis viginti quinque possit eligi arbiter. Verum cum ibidem scriptum sit, & huic succurrendum esse: Si temere arbitrum receperit: puto id satis esse caussæ, cur litigatores eius sententiæ stare non cogantur, ita fieri, ut minore viginti quinque annis arbitro sumpto arbitrium non consistat. Quod & scriptum est in *d. L.* 3. *D. eod.* Ne is quidem idoneus arbiter, qui iudex est eius rei, de qua arbiter sumitur. *L.* 9. §. *si quis*, *D. eod.* Idem nec is, qui sumptus est de re sua, ob eam caussam quæ redditur in *L. pen. D. eod.* Sed etsi arbiter postea inimicus factus sit, & ob id testationibus conventus, ne sententiam diceret, vetatur sententiam dicere. Sic tamen ut si dixerit, placeat quidem ipso iure valere sententiam, verum exceptionem doli mali obstare ei, qui pœnam ex sententia petat. *L. non distinguimus*, §. *cum quidam*, *D. eod.* His consequens est, ut si duo arbitri electi sint, quorum unus non sit idoneus, dicendum sit arbitrium nullius esse momenti, quia effectum sit in huius persona arbitrium non consistere: certum est autem alterum solum sententiam dicere non posse, ut postea dicetur. Hoc in *L.* 7. §. *ult.* *D. eod.* Si de litigatoribus quæritur: ut iudicium, sic arbitrium cum servis non consistit: & generaliter cum iis, qui iudicio nec agere, nec conveniri possunt, adeo ut nec ex hac caussa servus pœnam stipulando acquirat domino suo actionem, nec eodem promittente in dominum detur eo nomine actio de peculio. *L. non distinguemus*, §. *si servis*, *D. eod.* Nec de omnibus rebus arbiter sumi potest: non potest de famoso delicto. Non de ea re, de qua publicum iudicium est, veluti, de adulteriis, de sicariis, de similibus: nec de liberali caussa, ingenuitate, aut libertate. Quia omnes eiusmodi caussæ sunt, quæ existimentur maiores quam iudices habere debere. *d. L. non distinguemus*, §. *Iulianus*, & seq. Habet hoc quoque arbitrium cum iudicio commune, quod de iis rebus quæ post compromissum acciderunt iudicare arbiter non potest. *L. de his*, *D. eod.* Quod ad legem, quæ arbitrio dicitur, attinet, ius sic habet, ut recte sumatur arbiter, si ita sumatur, ut sententiam dicat, quam videtur. Quod si hæc lex arbitro dicta erit, ut certam dicat, vel ut dicat, quod Titio disceptatori placuerit, nullum est arbitrium, utpote, in quo libera facultas arbitrii sententiæ non sit futura, quod est contra naturam arbitrii. *L. qualem*. 19. *L. item si*, 17. §. *inde*, *D. eod.*

XII.

XII. Rebus omnibus ad iustum arbitrium bene constitutis, tamen multa sunt præterea in facto arbitri, quæ ius exigit. Contra quæ si fiat, non minus, quam ob supraſcriptas cauſſas arbitri ſententia improbatur. Et quoniam ſummum eius officium eſt, ut ſententia ſua controverſiis finem imponat, quod & ſe facturum recipit. *L. Papinianus* 7. *§. recepiſſe, D. eod.* Ideo ſunt, quæ ad iuſtam ſententiam ſervare iubentur, quæ ſpectentur partim ante ſententiam; partim in genere ſententiæ: partim in ſententiæ ferendæ circumſtantiis. Et ſunt illi ante ſententiam communia hæc cum iudicibus. Principio quæ ad conſtituendam futuri iudicii religionem Iuſtinianus iniungit iudicibus, hæc eadem iniungit arbitro, ut faciat: nempe, ut ante ſedem iudicialem ſacroſanctas ſcripturas depoſitas habeat: Ut iusiurandum de calumnia, & perfidia exigat a litigatoribus primum; poſt a patronis cauſſæ, quale & quomodo iudices exigere iubentur. *L. rem non novam*, verſic. *& generaliter*, & *§. patroni, C. de iud. L.* 2. *C. de iu. prop. cal.* In primis autem illud arbitri ante ſententiam, ut cauſam diſceptet, & diſcutiat, id eſt, ut agnoſcat. *L. litigatores*, in pr. *L. ſed ſi* 14. *L. Labeo, §. hæc autem, D. eod.* Nam quomodo controverſiis finem imponet, qui quid eſſet controverſiarum non cognovit?

XIII. Sed non eandem opinor hic diſceptationem exigimus ab arbitro, quam a iudice. Ab hoc plena exigitur, id eſt, ut litigatores pro ſe dicentes, & ea quæ ad cauſſam pertinent afferentes patienter audiat, & hac gratia tempus det, quod ad ea proferenda ſit ſatis, quæ qualia eſſent ſuo loco expoſuimus. Arbitrum autem puto exiſtimare debere, quid ſibi de controverſia cognitum & probatum putet; & quamvis vel audientiam uni ex litigatoribus non recte denegarit, vel dilationem ad res neceſſarias proferendas; non tamen eo minus ſententiam eius valituram. Cur putem, adducor hac ratione, quod plena cognitione ab arbitro prætermiſſa, nihil aliud dici poteſt, quam arbitrum iniuriam feciſſe ei, quem non audivit, aut cui delationem denegavit, atque ita iniuſte iudicaſſe. Nunc autem receptum eſt nihil obeſſe ſententiæ arbitri, quod iniuſte iudicavit, cum dicatur eius ſententiæ ſtandum eſſe ſive æqua ſit, ſive iniqua. *L. diem, §. ſtari, D. eod.*

XIV. In genere ſententiæ: ſi verum eſt quod modo dixi, quid ſtatuat arbiter, ad vim ſententiæ nihil intereſt. Ex merito. *Sibi enim imputet*, inquit Ulpianus, *qui compromiſit*. *d. §. ſtari.* In quo tamen duo excipiuntur: Unum ne quid inhoneſtum iubeat. *L. quid tamen, §. non debent, D. eod.* Alterum, ne quid ſtatuat, præterquam quod ei ex compromiſſo licet. De quo hæc Pauli verba ſunt in *L. non diſtinguemus, §. de officio, D.* eod. *De officio arbitri tractantibus ſciendum eſt, omnem tractatum ex compromiſſo ſumendum. Nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere poſſit, cautum eſt. Non ergo quodlibet ſtatuere arbiter poterit, nec in qua re libet, ſed de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt*, utputa, nihil egerit, ſi fingas eum vetare pœnam ex compromiſſo peti, de qua compromiſſum non eſt. *L. quid tamen, §. item ſi arbiter. L. arbiter*, 42. *D. eod.* aut alium arbitrum ſtatuere, ad quem iri iubeat, vel quem iubeat ſibi adiungi, *L. non diſtinguemus, §. quæſitum, §. item Pedius, §. item ſi iubeat. L. in compromiſſis, D. eod.* Idemque eſt, ſi diem compromiſſi proferat, de qua proferenda nihil cautum ſit in compromiſſo. *d. L. non diſtinguemus, §. ult. L. arbiter. 50. D. eod.* Solutioni tamen diem arbiter ſtatuere poteſt. *L. quid tamen, §. ſolutioni, D. eod.* Puto, quia dies ſolutionis pars eſt: de ſolutione autem eſt compromiſſum. Cætera, ut dixi, in ſententia arbitri, quantumvis iniqua, rata ſunt.

XV. Sane ſi ſtipulantis dolo, & corruptela factum ſit, ut arbiter pro eo iniquam ſententiam ferret. Si quidem in compromiſſo adiectum ſit, ne quid dolo malo in ea re fieret, pœna ipſo iure non committetur, etſi adverſarius ſententiæ non pareat. Hoc amplius etſi forte per errorem ei paruerit, habebit ad ea repetenda, quæ ſolvit ex ſtipulatu actionem. Quod ſi doli clauſula in compromiſſo adiecta non ſit, valebit quidem ſententia ipſo iure, Cæterum iure prætorio erit inutilis. Nam ei qui victus eſt, rebus integris adverſus pœnæ petitionem doli exceptio dabitur. Qui ſi per ignorantiam ſolverit, quod iuſſus eſt, ad id repetendum habebit de dolo actionem: hæc in *L. ita*. 31. *D. eod.*

XVI. In circumſtantiis ſententiæ ferendæ ſunt perſonæ, quarum præſentia, aut conſenſus in ea re deſideratur. Item locus & tempus ferendæ ſententiæ. Quibus de rebus hoc ſervatur.

XVII. Primum coram litigatoribus ſententiam dici oportet: aliter non valet: niſi in compromiſſo expreſſum ſit, ut vel uno, vel utroque abſente ſententia proma-

matur. *L. diem*, §. *si quis litigatorum*. *L. inter*, *D. eod.* Quid ergo si unus certo loco & tempore adesse iussus non adsit? non eo magis sententia eo absente valebit. Sed poena adversus eum committetur, quia per eum factum sit, quo minus arbiter sententiam diceret. *d. §. si quis litigatorum*. Sane si per eum non steterit, quominus adesset, dum aut valetudine, aut Reipublicæ caussa, aut magistratu, aut alia iusta caussa impeditus est, committetur quidem poena, etiam hoc casu ipso iure. Sed si paratus sit in eundem compromittere, placet actionem in eum denegari, aut cum exceptione tutum fore. *L. quid tamen*, §. *si quis ex. D. eod.* Hinc apparet si quis ex litigatoribus iussus non sit ab arbitro, ut adesset, neque adsit, nec sententiam adversus eum dici posse, nec poenam adversus eum committi, per quem non stet, quo minus adsit. Itaque esse ex officio arbitri, si quid proficere velit, ut prius iubeat adesse litigatores certo loco, & certo tempore. Quod dum facit, illud tenendum erit, nihil referre, utrum per nuncium adesse iubeat: an per epistolam. *L. sed* &. 49. §. *arbiter*, *D. eod.* Coram autem litigatoribus sententiam dicere, est dicere præsentibus litigatoribus: præsentibus inquam, non tantum a corpore, sed etiam ab animo & intelligendi facultate. Quæ cum non sint in furioso, infante, aut dormiente, nemo coram his, sive his præsentibus quidquam facere aut dicere intelligitur: sed nec coram pupillo sententia videtur dicta nisi tutor præsens fuerit. *L. diem*, §. *coram*. *L. si compromissum*. & *LL.* seqq. *D. eod. L. coram. L. apud Labeonem D. de verb. sign.* Præter litigatores sunt & alii, quibus, præsentibus iudicari oportet. Hi sunt arbitri, tunc, cum in plures compromissum est. Finge in tres compromissum esse, si vel uno absente duo iudicent, quamvis inter se consentiant: arbitrium non valebit, quia scilicet inquam compromissum factum est, licere vocare litigatores, si aut eius auctoritatis sit arbiter, ut eum honorem litigatores illi habere debeant, aut ipse in secessibus soleat agere, & litigatores facile & honeste eo loci venire possint.

* XVIII. Restat tempus dicendæ sententiæ, quod & ipsum non semper est idoneum. Ac quo minus aliquo tempore recte sententia dicatur, tria obstant. Interdum ipsius diei conditio. Cuius generis est dies dominicus. Hoc enim die vetant constitutiones ullum iudicium exerceri, etiam apud arbitros. *L. omnes*, *C. de fer.* Alia res, quæ per id tempus tractatur: cui interim sententia arbitri præiudicium fieri non oportet. Quod contingit, cum is facit controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat. Paulus in *L. non distinguemus*, §. *si is*, D. eod. *si is*, inquit, *faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat: futurum est præiudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat. Ergo interea inhibendus est arbiter*. Sensus est, finge eum, qui a defuncto decem petierat, de qua summa & cum illo compromiserat contendere cum heredibus legitimis de hereditate, quod dicat se testamento defuncti heredem esse, aut se quoque ex parte legitimum heredem. Prius quam de ea re iudicatum erit, prohibetur arbiter de summa, de qua aditus est, sententiam dicere. *Futurum est enim*, inquit, Paulus, *præiudicium hereditati, si sententiam dicat*. Futurum ideo, quia si arbiter pronunciet heredes, qui legitimi dicuntur, pecuniam debere, tacite & illos heredes esse confirmat, dum vult eos ex persona defuncti teneri, id est, iure hereditario: Et hunc, qui pecuniam petit, heredem esse negat: sive quod duo heredes in solidum esse non possunt: sive quod si heres esset, eatenus obligatio confusione tolleretur. *L. ut debitum*, *C. de act. hered. L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de solutio.* Hoc autem est ante iustum iudicium de hereditate, de ea præiudicium facere: porro hereditati præiudicium fieri non oportet. *L. 5. in fin. D. de petit. hered.* Nonnunquam privilegium temporis postea incidens litigatorem tuetur, ne per id tempus cogatur litem exercere. Ut proinde frustra invito eo, quamvis præsente arbiter de re sententiam ferat: itaque necesse sit, rem in aliud tempus differri. Tale est privilegium legatis, qui Romam venerunt, concessum, ne de eo, quod ante legationem contraxerunt cogantur se Romæ defendere, quandiu legationis caussa ibi demorantur. *L. 2. §. legatis*, *D. de iud.* Quod & ipsum eadem ratione efficit, ne si quis ante legationem Romæ compromiserit, cogatur de eo Romæ apud arbitrum litigare. *L. non distinguemus*, §. *item si quis*, *D. eod.*

XIX.

(*) Ne credat lector hic aliquid editoris incuria prætermissum: commode visum est ea referre, quæ monet Osualdus in hunc locum: Hæc illius verba: *Hic lacuna, nec contextus integer in opere Donelli, & omissa quæ de LOCO tractanda, nec superior editio quidquam supplevit.*

XIX. Si hæc impedimenta non erunt, puto arbitrum omni tempore recte sententiam dicturum: nec quidquam ad rem pertinere, dicat feriatis diebus, an non feriatis; dicat consentientibus litigatoribus, an non consentientibus. Nam quod dicitur in *L. Pomponius*, 13. §. *arbiter*, *D. eod.* arbitrum his diebus non cogi sententiam dicere quibus iudex non cogeretur, id est, feriatis, non arguit eum per eos dies sententiam dicere non posse. Nihil enim prohibet, quo minus possit: quo minus si nolit non cogatur. Sed etsi præsentes litigatores non consentiant, ut hoc tempore arbiter sententiam ferat, non tamen ideo efficient ne is officio suo, quod illi semel delatum est, recte cum velit, fungatur. Facere quidem possunt, ne adsint tum cum arbiter adesse iussit. Ex quo etiam eveniet, ut sententia; si quam arbiter ipsis absentibus dixerit, nullius sit momenti. Sed cur non valeat, caussa in eo erit, non quod non licuerit per id tempus dicere, sed quia non liceat dicere absentibus litigatoribus. Non adversatur huic sententiæ, quod in *L. sed si compromissum*, 14. *D. eod.* dicitur, *si compromissum sine die confectum sit, necesse est arbitro omnimodo diem statuere partibus consentientibus, & ita demum caussam disceptare.* Observandum est enim id dici ibi non absolute: sed sub exceptione, nisi malit arbiter omni tempore cogi sententiam dicere. Subiicitur enim continenter: *quod si hoc prætermissum sit, omni tempore cogendus est sententiam dicere.* Si hoc prætermissum sit, id est, si non statuerit diem partibus consentientibus.

XX. His vitiis, quæ supra, cum in constitutione arbitrii, tum in facto arbitri notavimus, evitatis, efficietur quidem ea sententia, quæ iure non improbetur: sed eiusmodi, quæ etiam nunc sit inutilis, nisi & ius eam tueatur ita, ut si quis ex litigatoribus recuset, cogatur ei parere. Nec vero ius semper cogit id facere, nec uno modo. Quare, quod adhuc reliquum est ad vim & effectum sententiæ de cogendi ratione, & quando locum habeat videamus.

XXI. Et cogendi litigatoris duæ sunt rationes. Obliqua una, quæ ex conventione litigatorum nascitur. Altera directa, quæ ipso iure constituitur sine alia conventione. Illam conventionalem: hanc legitimam possumus appellare. Conventionalis est, cum pœnam certam ultro citro promittunt litigatores, si quis arbitri sententiæ non steterit, quam recte dixi, obliquam. Huius enim non ea vis est, ut quis cogatur districte stare sententiæ: sed ut cogatur metu pœnæ, sive sub conditione nisi malit pœnam pendere. Legitima est, quam eandem directam appello, cum ius cogit sententiæ ipsi stare recta. Quod fit actione in eam rem arbitro data, quo mandatur sententia executioni; & exceptione data reo ad defensionem sententiæ.

XXII. Prior ratio ut parata sit litigatoribus, in facto eorum positum est, si videlicet initio compromissum interponant. Compromissum mutuam illam pœnæ stipulationem, & promissionem, quam modo dixi, appellamus. Valet autem ea stipulatio ad duas res. Non enim tantum ad hoc conducit ut quis sententia lata cogatur ei parere: quia nisi paruerit, pœna secundum verba stipulationis committatur, sed etiam ad hoc, ut cogatur arbitri sententiam pati: quia tunc committitur pœna, si per litigatorem steterit, quo minus arbiter sententiam diceret. *L. diem*, §. *si quis litigatorem*. *L. si quis rem*, *D. eod.* *L.* 2. *C. eod.* Efficitur hoc ex sententia verborum. Promittit enim litigator pœnam sub conditione, si sententia dicta sit, & sententiæ non paruerit. Est autem regula iuris quæ efficit, si per eum, cuius interest conditionem non impleri, factum sit, quominus impleatur, perinde haberi, quasi conditio impleta esset. *L. in iure*, *D. de R. I.* Ac fuit sola hæc ratio confirmandi arbitrii in usu ante tempora Iustiniani. Sic enim ius erat, ne ex sententia arbitri esset indicati actio: & omnino ne magis sententia arbitri haberet rei iudicatæ auctoritatem, quam cuiusvis alterius privati. Nam & ipse arbiter privatus est, & in ea opera, quam litigantibus præbet, privato officio, non publico munere fungitur. Itaque ex sententia arbitri, ne appellari quidem poterat: hæc res faciebat, ut subsidio pœna invicem promitteretur, ut metu pœnæ a placitis non recederetur, ut expressum est *L.* 1. *C. eod.*

XXIII. Primus Iustinianus ex arbitri sententia actionem & exceptionem dedit. Quæ illa est altera legitima & directa tuendæ sententiæ ratio, quam dixi. Sed dedit non passim, verum certis conditionibus, quæ & ipsæ positæ sunt in facto litigantium, ut pendeat hic quoque ex eorum facto, utrum hac via utantur, nec ne, non secus, quam in illa superiore. Conditiones autem ex prioribus eius constitutionibus sunt quatuor, non quas simul omnes concurrere oporteat: sed qua-

rum unaquæque valeat ad confirmationem sententiæ, ut quam ex his litigatores elegerint, continuo parata sit actio & exceptio; nulla earum interveniente, non sit proposita non dico actio, sed ne exceptio quidem ex sententia: ut cautum est nominatim eiusdem Principis constitutione in *L. pen.* vers. *altera, C. eod.* Una est conditio, si litigatores iureiurando interposito caverint se sententiæ arbitri staturos: idque ipsum se ita cavisse literis vel privatis id est, suis, vel publicis testatum fecerint, aut idem fecerint apud arbitrum, quod & in acta arbitrii redactum sit. Proxima superiori conditio est, si vel arbiter solus iuraverit se religiose & integre esse iudicaturum: dum hoc fecerit litigatoribus postulantibus, & iisdem id factum esse, aut literis, aut apud acta arbitrii testantibus. Tertia est, si sententia dicta, sententiæ subscripserint litigatores, profiteri se hanc sibi probari: sic ut nihil referat, utrum his verbis usi sint, an aliis, puta, his; non recuso, quin iudicatum faciam. Postrema est, si silentio litigatores sententiam confirmarint, quod illos fecisse placet, si intra decem dies, quam sententia lata est, una pars adversario; vel iudici non denunciarit sententiam non placere. De primis tribus cautum est pluribus verbis in *L.* 4. *C. eod.* De postrema cavetur in *L. pen. C. eod.*

XXIV. Sed quod ius de prima & secunda conditione ab illo hic constitutum erat, abrogatum est postea eius ipsius constitutione. *Nov.* 82. *de iudicib.* §. *quia vero*. Is enim animadvertit periculosum esse, & lubricum concedere aliquid in hac specie iureiurando in futurum conceptu, quia fieret sæpe, ut litigatores iniqua sententia arbitri læsi suo ipsorum damno permoverentur, ne sententiæ parere vellent: qua ex re in certum periurium inciderent. Eo adductus ille generaliter ita constituit, ut ad antiquum ius rediens iuberet omnimodo cum pœna quantacunque arbitros eligi, sine hac vetaret imperitiam arbitri litigatoribus nocere, etiam interposito ab his iureiurando. Duæ posteriores conditiones manserunt.

XXV. Actio est in factum, vel conditio ex lege, vel in rem utilis, prout facti qualitas exiget. *d. L.* 4. vers. *& in his*. Actio comparata non ad novum iudicium instituendum: sed in hoc ut ad similitudinem iudicati actionis mandetur sententia executioni per eosdem magistratus, per quos mandaretur, si ordinario iudicio actum esset. *d. L. pen.* in pr. Exceptio quæ ex arbitrio nascitur, pacti exceptio est, ibidem: cum hanc vim sententiæ arbitri esse dicimus, quæ exposita est, monendi sumus, eam sententiam intelligere nos, quæ prima ab arbitro dicta fuerit. Propone, eum sententiam, quam semel dixit, mutare postea, & ab eo quem condemnarat, postea vetare aliquid peti. Dicimus primam sententiam eam esse, quam ius tueatur. Non quod si liceret arbitro plures sententias dicere, non esset ea servanda, quæ est novissima. *arg. L. pacta novissima. C. de pact.* Sed quia si sententiam dixit, quæ arbitrium finiat, id est, si condemnavit, aut absolvit, placeat eum sententiam mutare, aut corrigere non posse: ne si erraverit quidem in sententia dicenda: idcirco, quia sententia semel dicta arbiter esse desierit. *L. qualem*, §. *ult.* & *L. seq. L. quid tamen*, in pr. *D. eod.* Sane iussum ante sententiam mutare potest. *d. L. qualem*, §. *ult.*

CAP.

CAP. XI.

Qui arbitrium recipit, eum cogi sententiam dicere. Quis cogat: quæ ratio cogendi. Iustas tamen esse caussas, propter quas interdum quis non cogatur, & ex quæ sint: tum de pœna compromissa.

I. His de vi & auctoritate, cuiuscunque arbitrii initio cognitis, habebunt, quod dixi, litigatores, quid in instituendo arbitrio sequantur, aut fugiant. Secundum quæ si is erit rerum status, ut non inutiliter res eius quem sibi proposuerint arbitrio subiici posse videatur, idque ita facere statuant: deinceps opportune de cogendo arbitro quærent: si forte ita erunt comparati, ut hunc omnino sibi arbitrum expetant, eoque recusantem arbitrari cogendum putent. De quo, ut erat propositum nunc dicam.

II. Et de eo cogendo, qui arbitrium non receperit, nihil iure cautum est. Unde intelligitur, neminem cogi id recipere, semel autem arbitrio recepto edicto expressum est, eum cogi dicere sententiam, qui pœna compromissa receperit. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Recepisse arbitrium eum definiunt, qui iudicis partes recepit, finemque sua sententia controversiis impositurum pollicetur. *L. Pomponius*, §. *recepisse*, *D. eod.* Qui cogeret Romæ, fuit Prætor. *d. L.* 3. §. 1. & *ult.* Eiusque exemplo in aliis locis is coget magistratus, qui iuridicendo præest, cui mulctæ dicendæ ius erit. Cogendi enim ratio est, ut mulctam indicat ei, qui sententiam dicere recusabit. *L. non distinguemus*, §. *si arbiter*, *D. eod.* Quis arbitrium receperit, ut cogi possit nihil interest. Omnes cogi possunt a prætore: dum ne sit par, aut superior magistratus. *L.* 3. in fin. *L.* 4. 5. 6. 7. *D. eod.* Sed cogit Prætor caussa cognita: id est, sub conditione, nisi caussa sit, cur arbiter cogi non debeat: de quo magistratus cognoscet.

III. Est quidem hæc solum conditio ad cogendum edicto expressa, si quis pœna compromissa arbitrium receperit, ut ex verbis edicti, una hæc sit detrectandi arbitrii caussa, quod quis receperit, si litigatores pœna non compromissa ad arbitrum ierint. Sed edictum ita acceptum est, quasi omnino prætor pollicitus esset, se eum, qui arbitrium recepit, sententiam dicere coacturum caussa cognita: ut quæcunque esse videretur iusta caussa, quæ arbitrum excusaret, hic sententiam dicere non cogeretur. *L. licet*, *D. eod.* Sunt autem iustæ caussæ ad recusationem sententiæ dicendæ genere quinque. Una est, si dicatur inutile esse arbitrium, ac sententiam, quæcunque dicetur nullius fore momenti. Quid enim interest, litigatorum sententiam dici, quæ inutilis futura sit, aut quid necesse est inanem operam sumi? Sive igitur is arbitrium rece-

 Hh 2 perit,

perit, qui arbitri officio fungi non potest: sive is sit reus, cum quo agi non potest. Sive de re de qua agitur, arbitrium non consistat: sive lex arbitrio dicta sit, quam non oportet: quibus de caussis arbitrium improbari diximus. Tot sunt caussæ, propter quas recte recuset arbiter sententiam dicere. Dixi supra de his caussis ordine. Consulantur li loci, quos citavi, de singulis (nihil enim necesse est hæc eadem inculcare) tot locis scriptum reperiemus bis de caussis arbitrum sententiam dicere non cogi.

IV. Ad hoc genus caussæ referri debet, quod non cogitur quisquam ex verbis edicti sententiam dicere, si arbitrium receperit, pœna non compromissa. Hoc enim cum fiebat, olim impune arbitri sententiæ non parebatur, ut supra dixi. Itaque cum hodie ex constitutionibus Iustiniani duo sint casus, quibus iam ab initio certum sit, & sine compromisso sententiam, quæ quandoque dicta erit, valituram: non est dubitandum, quin iisdem casibus cogendus sit arbiter, quanvis sine compromisso arbitrium receperit. *arg. in L. quod dictum. D. de pact.* Quod si nulla earum conditionum interveniet, quas Iustiniani constitutiones exprimunt, manebit ius antiquum, ut non aliter cogendus sit quisquam, quam si arbitrum receperit, pœna invicem promissa.

V. Pœna compromissa cogetur, si nihil aliud impediat, nec intererit, certa summa promissa sit, an incerta, puta quanti ea res est. *L. non autem, D. eod.* Ne illud quidem, quanta sit pœna: maior ne, an minor, quam sit res de qua agitur. *L. non distinguemus, D. eod.* Solum enim hoc spectatur ne sit inutilis arbitri sententia. Sed nec illud refert pure promissa sit pœna, an in diem. Nam sub conditione si promittatur, periculum est, ne deficiat conditio, in quem casum recte dicetur pœna non esse promissa. *L. litigatores*, §. *ult.* & *L.* seq. *D. eod.*

VI. Interim & pœnam esse oportet, & promissam esse, & invicem promissam. Pœna est, quicquid promittitur, si quis arbitri sententiæ non steterit, sive ea pecunia numerata sit, sive quid aliud. *L. litigatores*, §. 1. *D. eod.* Promissam sic accipiemus, quæ utiliter promissa est. Itaque si mulier alieno nomine promittat, non est pœna promissa propter intercessionem. *L. non distinguemus*, §. *si mulier*. *D. eod.* Utque ab initio promissam esse oportet; sic hoc exigimus, ut duret promissio, sitque res in ea caussa, ut pœna inde perpetuo possit exigi. Proinde si pœna promissa accepto lata sit, non debet cogi arbiter sententiam dicere. *L. Pomponius, D. eod.* Inde dictum pœna semel commissa solvi compromissum: scilicet, quia amplius pœna committi non possit: id est, quia efficiatur promissio inutilis. *L. non distinguemus*, §. 1. *L. si duo*, §. *ult. D. eod.* Finge arbitrium in diversas caussas sumptum esse, pœnam in omnes semel promissam, ni stetur arbitri sententiæ. De una causa dictam esse sententiam ab arbitro, eum porro qui damnatus erat, sententiæ non paruisse. Pœna in solidum adversus hunc committetur. Hanc commissam placet amplius committi non posse. Quæ res facit, ut quasi nec promissa sit, solvatur compromissum. Idem dicendum est, si desinat pœna ideo exigi posse, quia promissor desinat esse solvendo: ut quia bonis suis cesserit. *L. item si unus, D. eod.*

VII. Quod iuris est pœna ab utroque non promissa, aut ita promissa, ut exigi non possit, idem est, si ab altero promissa sit duntaxat: non ab utroque ita ut vere dicatur compromissum. *L. litigatores*, §. 1. *L. Pomponius*, §. 1. *D. eod.* Quippe, hoc agitur ne frustra sententiam dicat arbiter. Nunc autem fieri potest, ut sententiam dicat adversus eum, qui pœnam non promisit. Quod si fit, sententia erit inutilis. Idcirco nec tunc cogitur arbiter sententiam dicere, cum vel uni postea pœna accepto lata est, *d. L. Pomponius*, vel unus bonis suis cessit. *d. L. item si unus.* Cum Paulo sic recte concludemus summam rei esse, *ut Prætor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum, sive sit, sed pendeat, an ex eo pœna exigi possit: sive postea deficiat pœna soluto compromisso.* L. non distinguemus, §. *summa*, *D. eod.*

VIII. Animadvertendum tamen cur promissio seu stipulatio in pœna exigatur. Nempe eo exigitur, ut promissa pœna debeatur: quæ alioqui pacto deberi non potest. *L. iuris gentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *D. eod.* Finge pactum ad exactionem pœnæ, de qua convenit, sufficere, ut interdum sufficit, nihil exigimus amplius. Utputa, res, quas litigatores invicem dari velint: si non steterit arbitri sententiæ, apud arbitrum depositæ sint eo pacto, ut ei darет, qui vicisset: pro pleno compromisso id habebitur, & cogetur arbiter sententiam dicere. *L. litigatores*, §. 1. *D. eod.* Scilicet quia in hac specie id pactum sit, ex quo iure civili nascatur actio, cum ambo ita deposuerint rem apud arbitrum, ut illic

lic paciscenti redderet. *d. L. iuris, D. de pact. L. legem, C. eod.* Finge, ad pœnam acquirendam non exactione, sed retentione tantum litigatori opus esse. Tantundem dicemus ex edicti sententia: Id tum evenit, cum ambo litigatores debitores invicem fuerunt, ut pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit, *d. L. litigatores, §. interdum, D. eod.*

IX. Secunda caussa est ad excusationem arbitri, si dicatur operam præbere non posse, sine aliquo incommodo suo, periculove, vel valetudinis, vel famæ & honoris, vel rei familiaris, & incommodum post arbitrium receptum inciderit. Æquum est enim, sic eum cogi sententiam dicere, quia se dicturum receperit: ne tamen ei officium suum, quod litigatorum non sui commodi caussa susceperit, sit damnosum. *L. sed si quis, D. quemad. test. ap. L. si servus, §. quod vero. D. de fur.* Prohibet valetudo, si aut arbiter postea in morbum incidat, aut ætas ingravescat. Proinde horum utrumque arbitro iudicandi munus remittit. *L. licet, D. eod.* Famæ & honoris periculum adit arbiter, si exortis postea inimicitiis capitalibus inter eum, & litigatores, nihilominus iudicet. Ut enim iudicet quam rectissime, non tamen effugiet, quin contra existimetur fecisse victus odio, aut animi aliqua perturbatione. Hæc caussa est, cur si inimicitiæ capitales, inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus intercesserint, placeat eum sententiam dicere non cogendum. *d. L. licet.* Quanquam, cur hic arbiter non cogatur, potest non inepte & hæc ratio reddi, quod litigatores inimicitiis susceptis indignos se præstent, quibus is, quem pro inimico habent, & quem offendunt operam præbent. Lædit & tunc officium, atque existimationem arbiter, cum magistratus ei aut munus aliquod publicum obtigit, si dum operam privatis præbet, curam Reip. omittere cogatur. Ideo his incidentibus placeat eum esse excusatum, ne sententiam dicat. *d. L. licet.* in fin. *L. non distinguemus, § Sacerdotio, D. eod.* Agitur periculum rei familiaris, si qua occupatio urgens incidat, si iudicium publicum, privatumve, si necessaria profectio: quibus rebus vacare arbiter non possit, si cogatur de re cognoscere, & iudicare. Quamobrem & his de caussis sententiam dicere non cogitur. *d. L. licet.* in fin. & *L.* seq.

X. In caussa tamen valetudinis & similibus (similes intelligere debemus, occupationes, & eas incommoditates, quæ temporales sint, non perpetuæ) placet arbitrum ex caussa differre eogendum. Caussa erit si aut dies compromisso non erit adiectus: aut adiectus sit brevior, ita ut eo finito satis sit futurum spacii ad rem disceptandam, & sententiam dicendam: aut dies quidem exiturus sit, sed ex conventione liceat arbitro diem proferre. Hæc sententia *L. aut si qua, D. eod.*

XI. Tertia excusationis caussa est, si se indignos præbuerint litigatores, quibus arbiter operam hanc navaret. Quod faciunt, aut eum infamando, aut auctoritatem, & iudicium eius spernendo: dum ad iudicem, aut alium arbitrum iverunt. *L. sed si. 9.* in fin. & *LL. 2.* seqq. *d. L. licet, D. eod.* Adiicit tamen Ulpianus ex sententia Iuliani in *d. L. 9. si arbitrum infamarint litigatores, non omnimodo pratorem debere eum excusare: sed caussa cognita.* Quod sic interpretandum puto, si videlicet litigatores sordes, aut turpitudinem arbitri, quam detexerint, non probent: aut ipse arbiter falsum esse probet, quod illi dixerint. Illud notandum nihil interesse, utrum ambo litigatores rem, de qua compromissum erat, in iudicium deducant, an unus tantum id faciat, ne arbiter cogatur sententiam dicere, quanvis pœna adversus eum, qui id fecit committatur. *L. si quis rem, D. eod.* Quod & uno arbitrum infamante admittendum puto.

XII. Quarta caussa est, si secus cogatur arbiter, quam licet per compromissum. Id evenit, cum sint tres arbitri, aut plures sumpti, & prætor unum cogit, non cæteros. Sic enim sumpti sunt, ut simul sententiam dicerent. Ita fit ut nemo unus cogendus sit sententiam dicere: sed aut omnes aut nullus. Nisi tamen in plures compromissum sit ea conditione, ut quam quilibet vel unus sententiam dixisset, ei stetur. *L. item si unus, §. item si plures L. non distinguemus, §. cum in plures, D. eod.*

XIII. Postremo affert excusationem arbitri diei, quo cogitur conditio, si sit feriatus dies. De quo ita scriptum est in *L. Pomponius*, in fin. D. eod. *Arbiter his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogeretur* (id est feriatis) *nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit. Proinde si forte urgeatur a Prætore ad sententiam, æquissimum erit, si iuret sibi de caussa non liquere, spacium ei ad pronunciandum dari:* hinc intelligitur, si dies compromissi exitura sit, nisi feriatis diebus arbiter

Digitized by Google

ter ſententiam dicat: etiam his diebus illum cogi poſſe. Cui conſequens eſt, ut ſi per eos dies coactus ſententiam dixerit, pœna ex compromiſſo utiliter peti poſſit.

XIV. Si tamen lex dicta ſit compromiſſo nominatim ne die feriata diceretur: facit conventio, ut nec tum cogi poſſit arbiter per eos dies, cum dies exitura videbitur: præterea ut ſi ſententiam dixerit, quamvis cogente Prætore, tamen ſi petatur pœna, exceptio locum habeat. Hæc ſententia *L. si feriatis, D. eod.*

C A P. XII.

Quando ſententia ab arbitro dicta videatur.

Dicere ſententiam idem eſſe, ac ita de re controverſa pronunciare quod videtur. I.

Ut controverſiæ finis imponatur. II.

Et quidem toti. III.

Singulæ definitionis partes explicatæ. I. II. III.

I. SEquitur ſi ſententiam dicere volet arbiter, ut quæratur quando videatur dixiſſe, ne aut ante tempus agamus, ſi forte dicta non ſit; aut ſi dicta ſit, adhuc cogamus arbitrum aliam ſententiam dicere, quaſi prius non dixerit. Et dicere ſententiam eſt, de re controverſa pronunciare quod videtur, ita, ut ea pronunciatione finis toti controverſiæ imponatur. *L. qualem*, in princ. *§. 1. L. non diſtinguemus, §. item Pedius, D. eod.* Eſt pronunciare de re controverſa, ex quo intelligitur eum, qui de alia pronunciat, non ſolum in ea nihil nocere, ſed etiam ei relinqui adhuc, ut de controverſia pronunciet. *d. L. non diſtinguemus. §. quæſitum.* & ſeq. Eſt pronunciare quod videtur, ut ſciamus dictam eſſe ſententiam, si arbiter, quod videbatur, dixit: quamvis prætor præſeriberet ei aliud, quod pronunciaret. *d. L. qualem.*

II. Finem controverſiæ ea pronunciatione imponi oportet: Quod quia non facit, non tantum is qui pronunciat de alia re, ſed etiam qui eadem de re incertam ſententiam dicit: conſequens eſt non modo inutiliter incertam ſententiam dici, ita ut ſententia nec proſit, nec noceat: ſed etiam ita, ut nec dicta videatur, eoque arbiter adhuc cogi poſſit ſententiam dicere. *L. quid tamen, §. Pomponius, D. eod.*

III. Et quod dixi, finem toti controverſiæ imponi debere, hanc ſententiam habet, ut ſi de una controverſia arbiter ſumptus ſit, aut de pluribus quidem, ſed inter ſe coniunctis, & communibus: is autem de parte tantum ſententiam dicat, perinde habeatur, quaſi in totum non dixerit, ut ſit adhuc a prætore cogendus. Idemque eſt, etſi de pluribus controverſiis, quamvis inter ſe ſeparatis, compromiſſum ſit, ſi modo ita ſit compromiſſum, ut arbiter de omnibus ſimul ſententiam diceret. Alioqui enim plura compromiſſa ſunt, & licet ſeparatim ſententiam dicere de ſingulis. *d. L. qualem, §. 1. d. L. quid tamen,* in princ. *L. Labeo. D. eod.*

CAP.

C A P. XIII.

De executione rei ab arbitro iudicatæ, & præcipue circa pœnæ persecutionem, quis videatur contra sententiam fecisse.

Continuatio. Pro executione sententiæ ab arbitro dictæ quæ remedia competant, & cui, & adversus quem I. & seqq.
Pœnæ persecutio soli adversario competit adversus eum qui fecisse dicatur adversus sententiam II.
Quis taliter fecisse dicatur, pluribus propositis quæstionibus ordinata & apta ad singulas responsione definitur. III.

I. Dicta sententia nihil superest, nisi, ut quæ de vi sententiæ dicta sunt, nunc denique ad rem conferantur, nempe, ut reus, qui sententia arbitri dare, facere iussus est, aut actor qui vetitus est quid petere, sententiæ (quæ quidem rite lata sit) pareat, sive æqua sit, sive iniqua. Ni paret, tum uti adversarius, pro quo sententia dicta est, illis remediis utatur, quæ ad executionem sententiæ prodita esse diximus: id est, aut actione in factum rei, in quam reus condemnatus est, persequendæ caussa, aut exceptione adversus actorem constituta, qui contra sententiam petat: aut pœnæ, quæ promissa est, si contra sententiam fieret persecutione. Sed est in usu istarum rerum, quod etiamnum dubitetur: de quibus postulat hæc executio, ut breviter dicatur, quando videlicet his remediis locus sit: quibus competant: & adversus quos. Et quod ad actionem in factum, itemque exceptionem attinet, minus dubitatur, has ex sententia arbitri inter eos locum habere, inter quos actum est: actionem quidem petitori dari adversus eum, unde petebatur, qui dare aut facere iussus est: & dari statim: nisi dies solutioni dictus sit. (Nam hunc adiici posse & expectandum esse supra diximus) exceptionem autem competere reo adversus actorem, qui contra sententiam arbitri petat.

II. De pœnæ persecutione in hoc quidem ambigitur, cum nascatur ipsa ex compromisso, & non sit compromissum nisi inter litigatores, hanc quoque similiter uni tantum ex litigatoribus adversus alterum competere: non ita, ut vel petitori soli detur, vel soli reo: sed ut pariter utrique proposita sit adversus alterum: quia ambo pœnam invicem stipulati sint: non tamen competere ipsam simul utrique, nec statim; sed inesse in eo hanc conditionem, si quis ex litigatoribus adversus sententiam arbitri fecisse dicatur: Ut proinde & tunc detur, & detur adversus hunc ipsum soli eius adversario.

III. Solum hoc præcipue dubitationem habet, quis videatur fecisse adversus arbitri sententiam, non solum ut pœna committatur, sed ita committatur, ut commissa ab invito exigi possit. Et absoluto reo hæ sunt dubitationis caussæ adversus actorem. Interdum arbiter nihil nominatim peti vetat, sed ita pronunciat, videri Titium nihil debere Seio. Videturne ergo Seius petere contra sententiam, qui verbis sententiæ non est vetitus petere? Interdum vetat arbiter quidquam peti, idque generaliter: sed tum, cum aut de omnibus controversiis, quæ inter actorem, & reum intercedebant compromissum factum non est, aut cum non est actum de quibusdam speciebus. Ex quo dubitatur, num & hæ contineantur sententia, quæ verbis sententiæ continentur. Nonnunquam complectitur ille certum, quod peti vetet: sed quoniam vetat actorem petere, & vetat a reo: ideo hæc quærnntur. Quid si non petat ipse actor, sed alius reus eiusdem pecuniæ creditæ? Quid si petat ipse, sed petat ab alio, a quo peti non minus ipsius rei interfit? Reo condemnato hoc quidem constat facere eum adversus sententiam, si quod iussus est dare, interpellatus non det. Sed hoc quæritur, An hoc facto, sic pœna adversus eum committatur, ut si paratus sit dare postea, evitet pœnam: quasi iam contra sententiam non faciat, & breviter de his hæc sunt probata ordine.

IV. Cum arbiter ita pronunciavit, videri sibi nihil Titium debere Seio, satis vi ipsa vetuit Seium petere, cum peti non possit, quod non debeatur. Itaque si quid petiisset, videtur contra sententiam fecisse. *L. quid tamen, §. si arbiter, D. eod.*

V.

V. Etsi plenum compromissum factum sit inter litigatores: id est, de rebus, controversiisque omnibus: etsi arbiter ita pronunciarit, ut vetaret a reo quidquam peti, si tamen de certis tantum rebus actum sit; tamen ad eas tantum res sententia pertinet: De cæteris autem caussis supersunt actiones, *d. L. quid tamen*, §. *plenum*. *L. de rebus*. *D. eod.*

VI. Actor absoluto reo non tantum adversus sententiam facit, si petat ipse: Sed etiam si petat alter reus credendi socius. *L. si duo*, *D. eod.* Quod ita accipiendum puto, si is reus credendi, qui egerat & vetitus erat petere, factum correi probat, aut ad eum societatis iure aliquid pervenerit de eo, quod exactum est. Non enim potest dici non stare sententiæ, qui id agat, ut sententiæ pareatur. *L. Celsus*, in fin. *D. eod.* Multo magis id facit adversus sententiam, si petat ipse, quanvis ab alio: dum petat ab eo, a quo petendo, id ipsum aliqua via a reo auferat. Ut si petat a rei fideiussore, qui condemnatus regressum habiturus est ad debitorem. *L. adversus*, *D. eod.* ut si petat ab alio reo debendi socio. Quia necesse sit, quod unus ex sociis per caussam societatis solverit, huius partem alteri socio perire, *d. L. si duo*.

VII. Quod ad reum attinet, placet interesse, utrum is simpliciter iussus sit dare, an intra certum tempus, puta, intra calendas proximas. Si simpliciter: tamen necesse quoddam modicum tempus: quod ubi præterierit, pœna statim peti possit. Sic enim scribit Ulpianus in *d. L. quid tamen*, §. *ult.* Modicum tempus non male accipiemus, quod sit tale, intra quod domo pecunia promi possit. Nec enim debitor cum sacco venire debet. *L. quod dicimus*, *D. de solut.* Nisi malumus modicum tempus decem dies interpretari. Quod est melius, ex *L. promissor*, §. 1. *D. de const. pec.* Pœnam post id tempus committi quidem, sed ita, ut si reus ante iudicium acceptum dederit, quod iussus erat, pœna ex stipulatu peti non possit: Si quidem nihil interfuerit actoris tunc solvi. *d. L. quid tamen*, in fin. & *L.* seq. Quod si arbiter intra certum diem dari iusserit, & datum non sit: licet postea offeratur: attamen semel commissam pœnam non evanescere. Quoniam semper verum sit, intra diem constitutum datum non esse. Hoc in *L. Celsus*. Sane si creditor valetudine impeditus sit, quo minus intra eum diem acciperet, aut alia quavis caussa: pœna committetur. Sed si ille postea paratus sit accipere, reus non impune dare recusabit, *d. L. Celsus*, §. 1.

CAP.

Digitized by Google

C A P. XIV.

Ad L. 1. D. de recep. Qui ar. rec. ut sent. dic.

Differentiæ plures arbitriorum ab iudiciis indicantur. I. *Hi notantur, qui arbitria per omnia quasi similia esse iudiciis opinantur.* II. *Interpretatio* L. compromissum 1. D. de recep. & qui arbitr. recep. III.

I. Ex his quæ de arbitriis disseruimus, intelligi potest, etsi compromissum sive arbitrium iudicium est, multis in rebus cum iudiciis conveniens: plura tamen esse, in quibus ab illis discrepet: sive constitutionem arbitrii spectemus, sive sententiam, sive circumstantias sententiæ dicendæ, sive vim & auctoritatem. Nam ut ex multis pauca summatim colligam: de rebus omnibus recte agitur: non item de omnibus arbitrium consistit. Uno ex litigatoribus mortuo, nihilominus iudicium perseverat: at isto modo solvitur compromissum. Arbiter si ita sumatur, ut certam sententiam dicat, [1] nullum arbitrium est: & simpliciter sumptus non cogitur aliud pronunciare, quam quod videtur: In iudicio si convenerit inter litigatores, quid pronuncietur, oportet iudicem huiusmodi sententiam proferre. *L. si convenerit, D. de re iud.* In genere sententiæ qualemcunque sententiam arbiter dixerit, ei standum est, sive æqua sit, sive iniqua: [2] nec enim potest ab ea appel-

1) *Supra Cap.* 10. *n.* 21. *in fin.* vid. *&* *not. Lib.* 17. *Cap.* 3. *N.* 4. Unde Scala *Lib.* 4. *de Conf. sap. C.* 28. clausula ea: ni arbiter sententiam ferat iuxta huius vel illius prudentis consilium, vitiari compromissum iure communi inspecto censet, sive stricte intelligatur sive de boni viri arbitrio, nisi aliud consuetudo loci ferat receptumve sit.

2) Quod & Chartaginensis Synodi *Cap.* 99. *&* *Cap.* 123. definitum esse naturæque arbitrii ac veræ rationi convenire, scribit Cuiac. *Consult.* 12. *&* 9. *Obs.* 23. Et ratio huius rei redditur in *L.* 27. §. 2. *h. t.* quia sibi imputet qui compromisit. Iudicio contendenti non est quod ita imputetur eum id subire, si reus, eo confugere, si actor, suo excidere nolens, necesse habuit. Incivile autem est quem arbitrum probaveris, eius arbitrium improbare, eumque sponte delectos iudices faciant partes, quorum sententiæ initio stare non cogebantur, æquum est boni consulere quæ deciderint. Et ita iuste decemviros cavisse docet Ant. Massa. Galef. *de iudic. bon. fid. n.* 15. Sicuti in simili quæ contra iusiurandum necessarium proficiunt nova instrumenta non item contra voluntarium ut supra suo loco. Dices a iudice ex consensu litigantium accepta tamen appellari *L.* 23. *pr. de appell.* Resp. Sed ibi consentire omnino in aliquem, quicunque sit, oportuit reum (ac quidem qui in decuriis esset selectorum vid. *not. supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 12.) qui alias, quantumvis detrectans cognitionem iudicis si non huius at alterius passurus, & quod rem præcipue expedit, ibi consensum est ut in iudicem, nempe ut ex iure & legibus iuxta fidem actorum iudicii pronunciaret. Iure igitur de eius sententia provocatio, sive in iure sive in facto iniquitatem fovere dicatur. Arbiter vero & ex vi vocis ut Fest. *Lib.* 1. est qui totius rei arbitrium & facultatem habet, nec ullis adstricta vinculis eius religio, ut Seneca 3. *de Benefic.* 7. ac sententiam suam non prout lex & iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere potest. Præterea ad munus arbitri plerunque utriusque partis amici eliguntur, quorum interventu spes est fore ut dissentientibus conveniat, Laug. 5. *Sem.* 4. *p.* 233. *&* *seqq.* ubi a Cic. *pro Cecinna & alibi* domestici disceptatoris & amici nomine arbitros iunui ostendit, & Pollet. 3. *Histor. fori* 11. Neque ab hac Iurisconsulti ratione discrepans ea, quam Imperator reddit in *L.* 1. *C. h. t.* quia nec iudicati actio ex sententia eius præstari potest, & ob hoc invicem pœna promittitur. &c. Vulgo ita accipiunt: Appellationis vis ea ut effectum sententiæ, qui est actio vel exceptio iudicati, extinguat. Hic non nascitur ex arbitrio. Ergo. Quam collectionem reprobat Coras. *in L. societatem* 76. vers. *arbitrorum pro soc. n.* 9. sic accipiens, quod nullus iuris effectus inde nascatur, cum aliæ sententiæ a quibus appellatio, si non est iudicati, ut quæ iure nulla, alium tamen iuris effectum producant, cum qui dicit sententiam, auctoritate publica exsequi possit. Verum non video qui ista exsecutio sententiæ invalidæ, quæ meri adeoque illiciti facti est, iuris effectus dici mereatur. Quin itaque in eo peccari puto quod quæ conjunctim sibi probe constant, sensu composito, divelluntur, cum Imperator non ex eo solo inferat *quod iudicati actio non sit*, sed iuncta ea ratione, quæ potior est, *quod pœna invicem promittatur &c.* Atque hoc vult Imperator, quod frustranea sit hic appellatio, cum nec ad pœnam evitandam prosit, quia conditio stipulationis, ni sententiæ pareatur, ita maxime committitur, cum certum sit non parere qui quantum in se est irritare nititur, nec ad vim iudicati sistendam, quippe cum eam arbitri sententiam non habeat, nec pœna illata amplius quidquam parti victæ verendum sit. Nunquid igitur casibus iis, quibus vis fere iudicati arbitrio tributa est, ut *supr. C* 10. *n.* 23. *&* *seq.* & provocatio inde erit. Id haud equidem consequens, cum utique in defectum virium iudicati principalis decisionis ratio non consistat, & quæ vera ac genuina est, utique persistat. Scitum insuper ne quidem cessante una ratione e pluribus dispositionem deficere nec mutationem iuris, nisi expressim facta sit intelligi. Plane ab arbitris statutariis, ut vocant seu ad quos ex statuti præscripto cognati eunt, ut *N. seq.* appellationem vulgo concedunt, Sich. *ad L.* 1. *C. de Reb. credit. n.* 4. Mynsing. 4. *Obs.* 68. Sicuti & iure appellatio ab arbitris aliis qui dicuntur, non ex compromissu sumpti, sed a prætore constituti, non ut de negocio principali, ut iudices dati, cognoscant, sed ut si quid privatæ contentionis, in cursu litis aut præparatoriis iudicii discutiendum id expediant, veluti an fideiussores idonei *L.* 9. *&* *seq. Qui sat. cog.* an caussæ recusationis iudicis iustæ *L. ult. C. de iudic.* Quas LL. ita cum *d. L.* 1. conciliant Vaud. 1. Q. 14. Pac. 1. Q. 69. A. Fab. *ad d. L.* 9. Confer. Cuiac. 9. *Obs.* 23. Gail. 1. *Obs.* 33. n. 18. Athenis arbitrorum ex compromisso, quos [illegible] nuncupabant, sententiam appellatione ad Areopagitas vel Thesmothetas suspendi potuisse, scribit Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. Cap.* 9. *n.* 50. *&* *seqq* interposito tamen iuramento non fraudandæ veritatis, sed iniquitatis corrigendæ gratia hoc remedium implorari: Apud suos ab arbitris appellari, Cuiac. *Consult.* 12. ut tamen pœna in compromissum deducta committatur, sive confirmetur, deinde sive infirmetur arbitri sententia. Quo de & Bernard. Autum. *not. ad Langl.* 5. *Sem.* 4. (qui iudicatum testatur eandem pœnam deberi etsi postea ab appellatione recessum sit.) Petr. Greg. 2. *de Appell.* 12. *n.* 18. Maynard.

appellari. *L. 4. C. de recept. arbitr.* In sententia iudicis contra: quæ si nominatim contra leges lata est, nullius est momenti: si tantum contra ius litigatoris, tamen ab ea potest appellari. Sententia iudicis uno ex litigatoribus absente, dum legitimis edictis evocato lata valet: arbitri sententia, nisi utroque præsente dicta est inutilis. Si tres iudices diversas sententias dixerint, obtinet ea, quæ est favorabilior: si tres arbitri idem fecerint, nulla valet. A iudice sententia dici non potest, nisi in loco publico ad ius dicendum destinato: Arbiter quovis loco potest dicere, de quo actum sit inter litigatores. Iudex diebus feriatis frustra sententiam dicit invitis litigatoribus: arbiter contra. Sententia iudicis, a qua provocatum non sit, valet ipsa per se, quam ad rem actio indicati comparata est, & rei iudicatæ exceptio. Sententia arbitri, non aliter, quam ope compromissi: nisi ea fecerint litigatores, de quibus cavent constitutiones Iustiniani. A sententia iudicis appellari potest: ab arbitri sententia nullo modo. Iudicandi munus quia publicum est, nemo detrectare potest: arbitrium 3) nemo recipere cogitur. Sunt quædam caussæ, propter quas quis excusatur, ne sententiam dicat, quanvis arbitrium receperit: & eæ complures: quæ non item iudicem excusant, quominus iudicet.

II. Quæ cum ita sint, apparet, errare eos, qui quod in *L. 1. D. eod.* dicitur, *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigi:* sic interpretantur, quasi per omnia sint hæc inter se similia: itaque statuunt, quidquid in iudicio intervenire, & fieri a iudice oportet, ut iudicium ratum sit: id quoque in arbitriis intervenire, & fieri oportere, alioqui nihil agi. Si hoc admittimus, deleamus iam ea omnia, quæ in Pandectis de hoc genere tradita sunt a iuris auctoribus, quæ supra exsecuti sumus. Quinimo deleamus etiam ipsas constitutiones Iustiniani, quæ secutæ sunt postea, quæ propius arbitria ad similitudinem iudiciorum revocarunt. Quanvis enim eæ actionem, & exceptionem dent ex sententia arbitri, non secus, quam ex re iudicata: id tamen faciunt certis conditionibus; cum passim ea data oportuerit, si per omnia redactum esset compromissum ad similitudinem iudiciorum.

III. Quid ergo restat, nisi ut animadversis omnibus arbitrii partibus, in quibus nulla prope est, in qua non sit aliquid a iudicio dissidens. Sic illud Pauli dictum (si modo Pauli est, ita ut inscriptio significat) accipiamus, ut compromissum ad similitudinem iudiciorum redigatur non per omnia: sed fine ipso & exitu, sive potestate: quia fine videlicet eodem feratur: nempe, ad finiendas lites? Et quidem ut iudicio: sic compromisso genere quodam iudicii, & compendioso & certissimo lites finiuntur. Quod videtur. Et ideo Paulus in *d. L. 1.* cum dixisset; *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur:* ipse continenter veluti interpretatus, qua in re redigatur, subiungit hæc verba, & *ad finiendas lites pertinet.* Non nego quibusdam in rebus, nec his paucis compromissum comparari ordinariæ actioni. *L. non distinguemus, §. item si quis,* in fin. *D. eod.* Sed hoc contendo non comparari per omnia, ne quis forte, quicquid in officio iudicis exigitur, id putet continuo ad arbitrum transferri oportere. Quod si verum est: præter ea quæ supra a nobis ad vim arbitrorum exposita sunt, nihil in arbitrio & compromisso desiderabimus.

HUGO-

nard. *Lib. 2. Decis. 65. & seq.* De appellatione ab arbitrio an & quatenus & quando permissa vel recepta plura pete ex Mynf. *d. Obs.* 68. Wurmser. *T. 24. Obs.* 6. P. Greg. *d. C.* 12. Maranta *P. 6. Tit. de Appell. n.* 261. *& seqq.* Covar. 2. *Var. Resol.* 12. Paurmeist. 1. *de Iurisdict. tit. n.* 26. Maynard. *d. Dec.* 65. *& seq.* Meichsner. *Lib.* 2. *Decis. Cam. n.* 3. 4. 5. *& n.* 24. Atque hæc Capiti huic ultimo subnotavi, aut verius festinus effudi, ne extremæ pagellæ vacuæ essent, cum in universa hac materia plura suppeterent, quæ omittere oportuit ob caussas in præloquio paucis expositas.

3) Etsi peccari contra charitatem velit, qui hoc denegat Munnoz. *de Ratiocin.* 8. *n.* 7. Sicuti nec ius commune litigantes compromittere in arbitrum compellit, uti iudicium in invitum exercetur *L. 27. §. 2. hoc tit.* vid. Wurmser. *Tit.* 3. *Obs* 1. Scaccia 2. *de Iudic.* 2. *Q.* 1. qui excipiunt, nisi lis intricata sit, quæ a iudice expediri nequeat aut metus maioris incommodi. Confer. Langlæ. 5. *Semestr.* 4. Plane statuta pluribus locis Italiæ cum primis vigere legimus, quibus lites certarum personarum, puta parentum liberorumque invicem, & qui arctiori alio cognationis, aut necessitudinis vinculo connexi arbitris committi iubentur. Quæ ratione niti rataque merito esse adstruunt de iisdem fusius tractantes, Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Cap.* 115. *Vol.* 1. *n.* 1. 2. 3. *&c.* Scaccia *d. Cap.* 2. *Q.* 2. *n* 27. *& seqq. & Q.* 4. *ac seq. & passim.* Sunt & aliæ differentiæ. Nam nec cavetur iudicio sisti apud arbitrum ut in iudicio, neque qui compromisso victus de evictione actionem habet *L.* 56. §. 1. *de evict. &c.* Infamis arbiter esse potest *L.* 7. *pr. h. tit.* qui a iudicatione arcetur, quia arbitrium non est munus civile, sed contractus privatus; & sibi imputent qui talem elegerint, Freher 3. *de infam.* 28 *n* 32. Noctu an arbiter sententiam vel laudum, ut vocant, ferre possit, vid. Polyd. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 135. *& seq.* Hering. *de Fideiuss. Cap.* 12. *n.* 5.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIUS
AD
TITULUM INSTITUTIONUM
DE ACTIONIBUS.

CLARISSIMIS VIRIS,

ET

MAGNIFICIS DOMINIS,

PRÆTORI, CONSULIBUS,

SENATUIQUE URBIS LEIDÆ

HUGO DONELLUS,

S.

Vertitur hic iam annus prope quartus, viri ampliſſimi, ex quo me habet civitas & voluntas veſtra in eo munere docendi iuris, quod ex parte detuliſtis. Quo tempore toto dum Reipublicæ & vobis ſatisfacere ſtudeo, ita opera mea inter vos verſata eſt, ut confidam fidem & ſedulitatem in eo munere vobis ſpectatam eſſe, nec minus probatam æquitati veſtræ. Vellem, ſpectatus item eſſet animus, ſpectata mea erga vos obſervantia. Sic enim in

universo eo munere quas res mihi officii mei ratio erga vos præscribit, abunde opinione mea essem consecutus. Sed vereor, ne hospiti non contigerit. Hoc scio, omnem illam observantiam publico privatoque testimonio apud vos tamdiu caruisse. Atque utinam ne iniquitas temporum eam aliorsum verterit, atque erat. Atqui ut eam cum omni cultu me vobis præstare æquum est, quibus optimo iure debetur; ita eam extare non minus ad officium virorum bonorum, ad exemplum recte facti, & grati Deo obsequii pertinere arbitror. Præstandi multæ caussæ: dignitas vestra; merita in Academiam, cuius & nos pars sumus; nonnulla mea conditio privatim cum meritis vestris coniuncta. In primis dignitas. Scimus enim, quem hic honorem Deus verbo suo exigat erga eos, quos populo suo in Rerumpublicarum administratione præesse voluit. Quam ad rem in clara & nobili civitate eminentissimo loco ab illo constituti estis. Nec exigendi ratio obscura, reputantibus quantum sit illud beneficium, quod ab insigni opera & cura vestra profectum manat ad omnes: certe cuius caussa vos a Deo constitutos esse eodem verbo docemur, ut placidam & tranquillam vitam agamus cum omni pietate & honestate. Academia ipsa quid vobis debeat, ultro nec invita de se profitetur. Etsi enim institutione, auctoritate, & præsidiis communibus eos auctores & defensores agnoscit, quos oportet: tamen quod in urbem vestram recepta est, quod semel recepta in ea vivit, & valet; totum beneficii vestri est: quibus licuit, & licet repudiare. Neque hic constitit beneficium. Non enim ita passi estis illi locum esse in urbe vestra, ut destitutam vestro præsidio ipsam sibi, aut aliis, quibus uti vellet, aut posset, regendam permitteretis; sed ita voluistis esse vestram, ut non aliter quam partem optimam & nobilissimam civitatis in curam & tutelam vestram vobis cum amplissimis viris eius Curatoribus communem susciperetis. Cuius curæ & administrationis ita eos, qui publicis stipendiis in ea Academia fruuntur, huc usque non pœnitet, ut in eo studium vestrum in Rempublicam cum fide & constantia coniunctam experiri se omnes fateantur. Quo nomine publica studia, & bonas artes, earumque studiosos perpetua pietate & observantia vobis devinxistis. Mea autem privatim conditio quid hic a me exigat, satis me admonet. Quamquam enim non diffiteor, qui uspiam gentium publicis studiis iuvandis dant operam, & necessario aliquo aut utili munere in Academia recte funguntur, eos quovis honore dignos videri, iisque sæpe plus debere Academias, quam ipsos Academiis: tamen non ita me mihi surripuit hic amor nostri, ut non meminerim, quisquis hic

hic ſum, hoſpitem certe me eſſe apud vos, cui plura quam indigenis & civibus conditio ipſa neſcio quomodo imponat. Sed eo magis, quod huius conditionis vinculum multis modis merita veſtra maius fecerunt. Vel hoc ipſum ſentio non in exigui beneficii loco mihi ponendum fuiſſe, quod vobis viſum eſt hoſpitem iam ab initio ut vocatum amanter, ita advenientem, cum omni ſignificatione benevolentiæ exceptum in numero civium veſtrorum habere ac complecti. Sed acceſſit propenſio & fides reliqui temporis: quo deinceps in iis quæ beneficio communi liberaliter conſtituta erant, ita a vobis habitus ſum ad hunc diem, ut in his percipiendis omnia veſtra in me humana, & exprompta, & cum fide ſumma exſtitiſſe libenter agnoſcam. Et hæc quidem iuris, meritique veſtri omnia; quæ & ipſa nequaquam me fugerunt. Enimvero ut in his cognitio mea fuit; ita beneficio Dei & officii ſtudium. Id quod ſi a plerisque ſpectatum non eſt, velim, quæ veſtra æquitas eſt, ſic de me iudicetis, ſi qua in me in munere publico antea fides fuit, neque ei fidei obſervantiam erga vos parem, aut etiam maiorem, neque obſervantiæ teſtandi ſtudium, ſed teſtari cupienti facultatem & occaſionem defuiſſe. Quam cum nunc res & tempus obtulerint, feci quod officii ſui non ſecuros decet, ut oblatam cupide arriperem; ſimul in eo exemplum veſtrum imitarer, ut quoniam benefaciendo publice præiretis, ego pro virili agnoſcendo mutua pietate ſubſequerer. Cumque ad omnem teſtificationem ſummæ voluntatis, quam quidem a me exſpectetis, nihil haberem melius, quam ſi darem operam, ut inſigniore aliquo teſtimonio hæc ipſa exſtaret, adhibui hunc commentarium interpretem, qui publice apud alios, privatim apud vos hac opera fungeretur. Idcirco dicatum nomini veſtro iuſſi in publicum exire cum ſuperiore teſtatione; ut quo pluribus publice exponeretur hic labor, eo pleniore officio ut teſtatio, ſic & dignitatis ac meritorum illorum gratia ad quam plurimos perveniret. Neque dubitavi, quin ſcripti genus ipſum per ſe ad eam rem nonnihil invitamenti eſſet habiturum. Eſt enim in titulum Inſtitutionum De actionibus: id eſt, in optimum titulum iuris: cuius perſpecta utilitas, & celebrata inter omnes, qui de iure aliquid cognoverunt, tam multos omnibus ætatibus ad ſui cognitionem pellexit. Atque hoc publicæ teſtationis conſilium fuit. Quod reliquum eſt, commentarium ita comparatum, privatim ad vos miſi, qui de animo non ingrati hoſpitis, deque perpetua erga vos obſervantia plenius & arctius coram apud vos teſtaretur. Eſtoque, ſi ita humanitas veſtra patitur, hoc munus a nobis, quando amplius offerre non licet. Munus ſi a re

æſtime-

æſtimetur, tanti faciendum quanti videbitur: ſi ab animo offerentis, eſt, cur de mutua benevolentia veſtra ſibi audeat omnia polliceri. Eſt enim ab integro, eodemque veſtræ dignitatis ſtudioſiſſimo, qualem forte vos in optimis & vobis deditis civibus iuvet interdum ſpectare.

Valete, viri ampliſſimi.

Lugduni Batavorum. Calend. Auguſt. CIↃ IↃ LXXXIII.

PRÆ-

PRÆFATIO.

SI Iuris civilis præcipue finis hic est, ut suum cuique tribuatur, tributum ut aliis obtinere liceat, obtinendi autem ratio sita est in iudiciis, & recta iuris nostri persecutione; magnam in primis in ea iure utilitatem esse oportet partis eius, quæ posteriorem hanc cognitionem recte informat. Si quis est autem locus in libris nostris, qui id utilissime præstet, is est titulus Institutionum inscriptus De actionibus. Nam quæ quæruntur in omni recta persecutione, Quis cum quo recte agat, Quid petat, & Quantum; tum Quid ex unoquoque iudicio sperare debeat, ne frustra experiatur: hæc omnia propositis ordine de unoquoque genere aptis divisionibus is titulus commode complexus est: ut si quis ea cognitione instructus veniat ad agendum, metuere non debeat, ne non experiatur prudenter; & si quid in adversariis petitionibus vitii aut calumniæ est, facile deprehendat; cumque obiicietur, facile refutet: si modo quæ vis sit illarum divisionum, & quem hic usum præbeant, noverit. Sed & hoc in eo titulo præcipue ad commendationem. Nam cum ex Pandectarum, & Codicis latioribus libris fere sumi soleant, quæ sunt certa & absoluta de singulis iuris partibus, quæque de his brevius, interdum etiam velut obiter comprehensa sunt in Institutionibus, ex illis operibus vel suppleantur, vel explicentur; hic contra singulare quiddam evenit, ut nusquam ita ex professo & coniunctim hic locus de recte instituenda actione tractatus sit, ut in eo titulo. Quinimmo eo titulo ea sunt de actionibus tradita, quæ ad aliorum locorum de hoc genere cognitionem inde transferantur. Itaque non abs re is titulus tantopere commendatus est a veteribus interpretibus propter utilitatem. Sed quod in aliis rebus accidit, ut difficilia sint quæ pulchra iuxta proverbium, hoc idem in hac parte accidit maxime, ut utilitatem & pulchritudinem rerum par difficultas sit consecuta, cum propter rerum varietatem, & incertitudinem, tum propter brevitatem huius tractationis. Ex quo tam multi commentarii in hunc titulum exstiterunt. At non quo studio, ita & successu. Vicit enim in plerisque difficultas, ut se res ipsa eiusque utilitas ab his cerni non pateretur. Quod cum non lateret doctos & magnos interpretes plerosque nostra ætate, eandem & ipsi operam sunt aggressi non sine magno fructu & laude. Ego qui sciam, quam non omnia semper occurrant omnibus, & quam non sit omnibus in rerum explicatione mos idem, motus sum rei utilitate, ut vellem hunc commentarium adiungere: non ut superiorum commentarios excuterem de manibus studiosorum, quod insanum etiam fuisset cogitare; sed ut cum illis conferrem operas, si quid forte ad cognitionem atque usum optimarum rerum possem adiu-

menti

menti adferre. Et spero, qui utentur, eo se ad eas res adiutos dicent. Etiam me illa spes tenet, habituros hic studiosos iuris, quo nonnullam sitim, si quam forte in aliquibus huius operæ exspectatio commovit, possint cum benevolentia explere. Res exposui, pluribus fortasse, quam nonnulli existimabunt convenire Iustiniani instituto, qui scripsit Institutiones, id est, elementa iuris. Sed res hic traditas spectavi, utpote mihi propositas ad explicandum. Quæ si spectentur, vereor, ne scripserim etiam paucioribus, quam res tanta explicari posse videatur. Quoniam autem hic divisiones utiles ad iuris nostri persecutionem accommodatæ traduntur; putavi id negotii recte interpretanti plane dari, ut in singulis divisionibus numerus actionum eius generis partitione; vis actionum definitione; usus singularum iuris tractatione explicaretur: verborum atque orationis obscuræ explicatione ad hunc ipsum usum collata. Quod & sum secutus. Mihi quidem utilitas & obscuritas rei id postulare visa est. In quibus omnibus usus sum brevitate rebus conveniente. Non illa, quam plerique putant, qui puerorum more brevitatem metiuntur lineis aut tempore: sed illa, quæ in compendio orationis, res tamen ipsas ad quas tradendas confertur, retineret, non amitteret. Nam qui brevitatis & concinnitatis affectantes laudem ita scribunt, aut docent, ut omittant res cognitu necessarias, quo videantur celerius ad extremum pervenisse; hi mihi videntur non tam breviter scribere, aut dicere, quam nihil. Qua brevitate qui delectantur, reperient tandem se illis non esse dissimiles, qui dum cervicem & caudam bovis nacti sint, totum se bovem habere arbitrentur. Hæc de instituto breviter monere visum fuit. Tuus est hic labor, optime lector. Accipe, & fruere.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIUS
AD
TITULUM INSTITUTIONUM
DE ACTIONIBUS.

Partitio Institutionum ad finem iuris consequendum recte accommodata, & de eius sententia. I.
Superesse hic quid sit, & ad quam tractationem praecedentem referatur. II.
Actio non ius persequendi solum, sed maxime persecutio in partitione iuris: & cur Iustinianus ius definiat, non persecutionem. III.
Actio non inde dicta, quod rei agantur ad iudicia, ut putavit Theophilus, sed agere esse tractare indicio de re aliqua; unde & actio, ea tractatio. IV.
Ius facultas & potestas: & cur. V.
Ius non vis. VI.
Persequi quid. VII.
Iudicium quid, & quae eius partes, & quam sit necesse hanc partem ita observari in hac definitione. VIII.
Debere quid. IX.
Debere an etiam dici possit, cum quo in rem agitur, & an actio in rem definitione actionis contineatur. X.
Accusatio interdum actio dicitur, minus proprie. XI.
Popularis actio an de eo quod nobis debeatur, & an in bonis nostris. XII.
Iniuriarum actio an in bonis nostris, & quando. XIII.
Officio iudicis quae debentur, quatenus debentur, etiam eorum actionem esse. XIV.
In Restitutionibus in integrum, ut petitur debitum, ita & esse actionem. XV.
Actionis, petitionis, persecutionis significationem unam esse: docendi caussa haec distingui. XVI.

Supereſt, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt, quam ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur.

I. SUpereſt. Recte ſupereſt; id enim ſupereſt ex partitione iuris, quæ his libris ad tractandum propoſita eſt *tit. de iur. nat. gen. & ci. §. ult.* Partitio ea fuit, omne ius, quo utimur, vel ad perſonas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Partitio ad finem iuris conſequendum accommodata, eoque optima. Eſt enim hic finis iuris, ſuum cuique tribuere, ut declarant definitio iuſtitiæ, & præcepta iuris, quæ dicuntur *in L. iuſtitia D. de iuſ. & iur.* Ad hunc finem conſequendum neceſſe eſt & eſſe aliquid ſuum cuiuſque, & eius quod cuiuſque ſit, obtinendi, ſi negetur, aliquam rationem. Atque illud quod cuiuſque eſt, aut in perſona eſt ipſa cuiuſque, aut rebus externis. Quod perſonæ proprium eſt, habeturque in perſona etiam ſi quis extra ſe nihil aliud habeat, ut vita, incolumitas, libertas; id ius eſt, quod dicitur ad perſonas pertinere. Unde ius, ſeu ſtatus perſonarum dicitur. *Inſt. de iure perſonarum,*

rum. & *D. de statu hominum*. Quod est in rebus externis, quia aliunde habetur, quam a iure personæ, ideo proprie dicitur ius ad res pertinere: in quo de rebus acquirendis, constituendisque deque earum iure agitur. Obtinendi utriusque illius iuris nostri ratio est in actionibus, id est, in persecutione legitima iuris nostri: ut recte dicatur hæc pars iuris pertinere ad actiones. Quod si ita est, quæ de iure civili recte instituitur tractatio, si ad iuris finem obtinendum fertur, ut ferri debet, necesse est omnem ad tria ista omnino referri, personas seu ius personarum, res, & actiones. De iure personarum dictum est libro primo. De rebus libro secundo, & tertio, & nonnulla parte quarti ad hunc usque titulum: nam in rebus numerantur etiam obligationes, de quibus proxime dictum est, ut declaratur supra, *tit. de reb. corp. & inc.*

II. Qui tribus membris propositis, de duobus prioribus tantum disseruit, huic necesse est superesse tertium, de quo dicat. Hæ vero sunt actiones. Hoc est igitur, quod Iustinianus dicit, *superesse, ut de actionibus loquamur*. Nam illa ridicula Theophili ad titulum de obligationibus supra, & Accursii ad hunc locum ratio est, qui dicunt ideo superesse, quia proxime actum sit de obligationibus, quæ sunt matres actionum, quia dicuntur obligationes actionem parere. *L. licet. §. ea obligatio, D. de proc.* Ut postquam dixit de matre, supersit, ut videamus de filia. Primum hac ratione dici debuit hoc titulo non debuisse agi de actionibus in rem: quoniam hæ non nascuntur ex obligatione, ut traditur *in §. sequenti*, contra quam hoc titulo factum videmus; in quo pariter de actionibus in rem, & actionibus in personam disseritur. Ac prius etiam de actionibus in rem. §. 1. & deinceps. Tum autem hæc ratio ab instituto Iustiniani alienissima est: qui de obligationibus se dicturum nihil usquam ante proposuit: quidquid autem superest, non potest dici nisi ex rebus propositis superesse: aut si tractatum de obligationibus cum tractatu de actionibus coniunctum dicimus, ut fecit Theophilus, & ideo præmissum, quia obligatio esset mater actionis; ut sic iam inde ab eo titulo sit initium agendi de actionibus: dici debuit iam tum illud, quod hic scribitur, superesse nimirum iam tunc, ut de actionibus loqueretur Iustinianus; sed ad eam cognitionem prius agendum de obligationibus.

III *Ut de actionibus loquamur*. Recte Baro in ea partitione iuris, quam diximus, & ad quam hoc reliquum quod hic dicitur, referri debet, intelligi debere ait iuris nostri persecutiones, actum persequendi, non persequendi tantum facultatem, quæ etiam tunc est, cum nihil persequimur: aut si malumus, sic actiones hic intelligemus iura persequendi, ut sint ista iura quatenus ad rem conferuntur, coniungaturque ius agendi cum ipsa persecutione, ut in Pandectis factum videmus, cum ad actiones ventum est. Nam si actionem intelligimus tantum ius persequendi, actio res erit incorporalis itidem ut obligatio: omnia enim quæ in iure consistunt, in numero rerum incorporalium habentur. *Inst. tit. de reb. cor. & inc.* Sed & hoc sensu omnia quæ sunt in actionibus, eadem in bonis, id est, in rebus nostris numerantur. *in L. bonorum D. de verb. sig.* Nunc autem sic partitio superior distinguit actiones a rebus, ut appareat in numero rerum actiones quæ illic nominantur, non haberi. Quod non fit aliter, quam si actionis verbo non ius tantum persequendi, sed & persecutionem ipsam quæ fit iudicio, intelligamus. Et vero id accipi fini illius partitionis convenit. Eo enim accommodatam partitionem esse diximus, ut quod ius præcipit, suum cuique tribuere, id consequeremur: quod positum est in eo, primum ut norimus quid sit suum cuiusque; deinde si id non tribuitur a volente, sit constituta ratio, qua obtineatur ab invito. Hæc ratio in facto est. Posita est autem in actionibus, & persecutionibus iuris nostri. Quapropter actionum verbo eas persecutiones, hanc obtinendi iuris rationem, quæ ad rem confertur, ex sententia & fine partitionis intelligere debemus. Qui fit igitur, ut Iustinianus actionem de qua agitur, statim definiat ius persequendi, non persecutionem, & sic deinceps de actionibus ut de iure persequendi disserat, non ut de persecutione & iudicio? Quia ad explicandam eam persecutionem facti, quam quærimus, necesse habuit id facere natura rei id postulante. Non enim quælibet persecutio iuris nostri recepta est, sed ea quæ instituitur pro eo iure agendi, quod cuique iure publico datum est. Ita ad persecutionem istam intelligendam prius ius agendi statui oportet. Atque ut forte non necesse esset id facere; tamen ad id de quo quæritur, ita pertinet, ut qui hoc docet, simul id de quo agitur, doceat, atque adeo hoc ex illo multo facilius & commodius intelligatur. Hoc enim cognito, quod sit ius agendi cuiusque, quid hic cuique ius concedat, statim & quidem optima ratione intel-

Digitized by Google

intelligitur, quam hic persequendi rationem instituere, & quomodo in ea pro iure nostro nos gerere debeamus: id autem est, de quo quæritur.

IV. *Actio autem*. Actionem definit ius persequendi: sive placet dici ius persequendi, sive persecutionem, merito quæritur, quam id origini verbi conveniat. In quo explicando quia inest definitio nominis, recte fecerimus, si de ea prius dixerimus, quam de definitione rei, quæ hic explicatur: quod tamen non esset necesse de jure agenti, nisi origo & significatio verbi videretur hanc definitionem non pati. Constat enim actionem dici ab agendo. Quid est autem, dicat aliquis, in verbo agendi, ex quo hæc persecutio judicii, quæ dicitur in definitione, intelligatur? Et Theophilus id explicans hoc loco [1] scribit actionem dictam ab agendo, eo quod improbos & perfidos ad judicia agamus, id est, invitos trahamus. Quod ex iure vetere ab eo dictum, eoque & recte dictum existimari potest: sic enim ius olim fuisse constat, quod & in Pandectis relatum est, ut si quis in ius vocatus non iret, invitum ducere, id est, agere liceret, *tit. D. in ius vocati ut eant*: de quo more alias plura. Et hanc rationem ab illo acceptam etiam viri docti plerique sunt secuti. Non satis attente meo iudicio neque illi, neque Theophilus. Nunquam enim verbo agendi cum ad iudicia refertur, ita usi sunt veteres, ut hoc verbo idem significarent, quod ducere, trahere: quod certus & perpetuus usus loquendi veterum declarat. Interdum enim dicunt agere cum adiuncto; interdum agere simpliciter. Cum adiuncto hoc modo, ut dicant vel agere cum aliquo, vel agere iudicio, agere interdicto. Simpliciter, ut cum dicimus non licere alicui eo nomine agere, alicui eo nomine esse actionem, aut non esse. In adjunctis superioribus nemo est qui non videat agere nihil minus significare quam trahere aut ducere invitum. Non enim dicimus trahere cum aliquo, sed trahere aliquem; nec ducere cum aliquo, sed ducere aliquem: sic nec in eadem significatione liceat dicere agere cum aliquo, sed agere aliquem invitum. Illud vero agere iudicio perspicuum est non significare trahere & ducere aliquem iudicio. Ducimus ad iudicium non iudicio: ducimus & trahimus manu & corpore nostro, non iudicio: & ducimus antequam iudicium ullum esse cœperit. Quod si quando lectum esset apud veteres aut in usu iuris dici: agere aliquem de reo, qui in ius vocatur, aut ducitur: esset cur admitti posset ducendi & trahendi significatio in verbo agendi. Nunc autem perpetuus hic usus est veterum in legibus, edictis, & scriptis omnibus, ut eum qui iudicio convenitur, id est, reum, verbo forensi, circuitione usitata nominent eum cum quo agitur. Sic nominatur in edicto de iureiurando interprete Ulpiano *in L. 3. D. de iur.* sic nominatur *tit. Inst. de excep.* in pr. sic ex usu veterum iuris auctorum Cicero cum alibi sæpe, tum lib. 2. de inventione. *Agit is*, inquit, *cui manus præcisa est, iniuriarum: postulat is, qui cum agitur, a prætore exceptionem, extra quam si in reum capitis præiudicium fiat. Hic is qui agit, iudicium purum postulat: ille qui cum agitur, exceptionem addi ait oportere*. Nunquam ergo agendi verbum proponitur cum adiuncto in iudiciis, ubi agere interpretari possimus ducere aut trahere invitum. Quid, cum simpliciter [2] agere aut actionem nominant veteres, an videntur hoc verbo ullam eiusmodi ductionem aut tractionem significare? Nullo modo. Demus enim eum, qui in ius vocatus venerit sponte, atque etiam litem erit contestatus. Nemo dubitat, quin recte dicatur iudicio cum eo actum esse, & quod iudicium adversus eum institutum est, esse actionem. Non convenit autem omnino eum dici actum esse, qui sponte fortasse & libens venerit. Demus etiam aliquem invitum trahi in ius. Ne huic quidem tribui potest, ut dicatur agi in ius pro eo quod est, invitum trahi. Ad hoc significandum usi sunt veteres ducendi verbo, non agendi, ac ne agendi quidem verbo recte uti potuerunt. Agimus iumentum aut vehiculum, quæ ante nos promovemus, ut præcedant, nos sequamur: unde actus servitus. *L. 1. D. de ser. rust. pr.* Ducimus homines, vel quos manu aut corpore apprehensos ducimus, vel quibus ita viam indicamus, ut vel sequantur præeuntes, vel una nos comitentur. Ad hanc quidem coactionem significandam de qua loquimur, ubique legi-

1) *In pr. I. de act.* & probant Baro *ibid.* P. Gregor. 21. *Synt.* 8. *n.* 2. & A. Fab. 20. *Conject.* 9. *p.* 110. Id Græculi, inde quia ipsorum simile verbum est, ἄγειν, ut Iac. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 15.

2) Et hæc vox forensi modo usurpata, nec ductionem tractionemve significat, si simpliciter ponatur, ut licere alicui agere; nec si cum adiecto, agere in iudicio, non ad iudicium, agere iniuriarum, iudicati &c. Nec omnem vi ducere, in ius necesse, sed resistentem, nec minus actio, si lubens eat, Gifan. *ad L. 28. de O. & A. n. 3.*

legimus veteres ducendi verbo usos esse, agendi nunquam. Terentius in Eunuch. act. 4. sc. 6.

Si vim faciet, in ius ducito hominem...

Cicero lib. 2. De Orat.

ut apud Nevium videtur esse misericors ille, qui indicatum duci videns percunctatur ita: Quanti addictus? mille nummum: si addidisset tantummodo, ducas licet; esset illud genus ridiculi præter exspectationem: sed quia addidit, Nihil addo, ducas licet: addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, salsissimus. Paulus *in L.* 2. in fin. *D. si ex nox. cau. ag.* sed si servus præsens est, & dominus abest, nec quisquam servum defendit; ducendus erit iussu prætoris. Quid interdictum, quo agitur, ut filium qui in potestate nostra est, nobis velut auferre, & domum cogere liceat, nonne de liberis ducendis conceptum est a prætore, non autem de agendis? *L.* 3. *D. de lib. exb. item duc.* Unde Ulpianus ius hoc quod patri edicto tribuitur, non actionem vocat, sed ductionem: ius ductionis, non actionis, *d. L.* 3. in pr. *hoc interdictum*, inquit, *pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis*. Non igitur profecto ab eo, quod reum in ius ducere liceat, actio dicta est: quam hac ratione ductionem dici oportuerat, non actionem. Quid ergo est? Animadverto hæc verba agere cum aliquo, a Latinis, probatisque auctoribus omnibus, præcipue nostris sic usurpari, ut sit tractare cum aliquo de re aliqua, quo ab eo impetremus: petere ab eo & contendere, ut quid præstet, faciat. Exemplorum plena omnia: uno aut altero contentus ero. Cicero de amicitia; *cum enim sæpe mecum ageres, Attice, ut de amicitia scriberem aliquid*. Id est, cum sæpe mecum tractares de ea re, sæpe a me contenderes, peteres, ut de amicitia scriberem. Idem ad Atticum lib. 5. *Is egit mecum accurate multis verbis; ut tibi responderem*. Id si usquam, fit maxime in instituendo iudicio, & iure nostro persequendo: tractat enim actor cum reo de eo quod illum dare facere oportet, & petit, ut præstet. Unde 3 agere, & actio pro ea tractatione. Quod a veteribus hic intelligi non aliud est argumentum certius, quam quod dicimus non agere aliquem, sed agere cum aliquo, *ut aliquoties in* §. 1. seq. item quod reus dicitur a veteribus, ut ante ostendi, non is qui agitur; sed is cum quo agitur, & ut Cicero loquitur, qui cum agitur. In qua oratione, non aliud licet intelligere ex adiuncto, quam illam ipsam tractationem & contentionem cum aliquo. At petimus & contendimus quid sæpe ab adversario extra iudicium; petimus etiam ab amico, quod ille non debeat. Neque tamen usu iuris aut hic agere dicimur aut hic esse actio. *L. amplius. D. rem rat. hab.* Nempe quia ius hic effectum rei spectat, non nudam petitionem, quæ effectum petitionis iure non habet. Si quis quid petit extra iudicium, eiusmodi est, ut nec cogatur actor præstare in ea petitione, & reo petitionem contemnere liceat; quod perinde est iure, quasi petitum non esset. Tunc igitur & tractatur serio, ac res effectum habet, cum agitur iudicio: ubi reo defugere impune non licet. Merito igitur tunc primum ab effectu agere dictum, & actio, non ante. Nam nec petere in usu iuris dicitur is, qui extra iudicium petit; sed solum qui iudicio, & litem est contestatus, *d. L. amplius rem rat. hab.* Sic tamen iudicio cœpto agere dictum, ut nihil aliud intelligamus, quam eum qui iudicio petiit, serio & vere cum adversario de re petita iudicio tractare cœpisse; cœpisse cum eo de re, & iure suo experiri, ut quod voluntate non potuit, iure iudicioque ab invito teneat. Denique non alia forma verborum dictum est agere cum aliquo privato; quam agere cum populo. Quid est autem agere cum populo? Id A. Gellius sic explicat *lib.* 13. *cap.* 14. rogare quid populum, quod suffragiis suis aut

3) De varia vocum *agere*, & *actio*, acceptione, usu iuris vid. Ludov. Gomes. *in pr. I. h. t. n.* 7. qui novem significatus refert, Benincassa *in Praef. ad h. t. n.* 116. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 93. qui significatione maxime restricta, condictiones venire scribit, latiori vindicationes, quoque; adhuc latiori extraordinarias persecutiones, ex officio iudicis; generalissime denique omnes actus legitimos, vid. Val. Guil. Forst. *Tract. instit. P.* 2. *Disp.* 1. *Th.* 1. Etsi vero actio & caussa sæpe, ab auctoribus, tum aliis, tum nostris, promiscue sumi videntur; non confundenda tamen, nec idem sunt, ut post Placentin. Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 7. quem refellit *L.* 14. §. 2. ibi: *cum in rem ago non expressa causa*, D. de exc. *rei ind.* Differuntque, sive causa sumatur pro lite, ac controversia, ut in *L.* 8. *pr. D. Mandati & simil.* (sicuti advocati causas agere dicunt) sive titulum, ex quo agitur, ut *d. L.* 14. §. 2. Qui & actione sublata, manet; veluti si quod mihi debes ex empto, solveris, actio & obligatio perempta, titulo pro emptore manente. Et ubi actio variatur, quandoque causa eadem, veluti cum de dolo parentis, patronive agitur, non actione concepta de dolo, sed in factum, Dynus *ad pr. I. de act. n.* 22. *& seq.* Gomez. *ibi. n.* 24. & Vult *n.* 99. Benincassa *n.* 163. *& seqq.* Sequi vero dicitur causa, obligationem *d.* §. 2. scilicet in libelli compositione, quamvis ordine naturæ eam præcedat.

aut iubeat, aut vetet. Hoc vero nihil aliud est, quam de hac ipsa re tractare cum populo, id agentes ut iubeat, aut vetet, idque ipsum ab illo impetremus. Sed quoniam fit rogando, ut fert maiestas populi: non exigendo, quod ille non debet: ideo recte dixit A. Gellius id esse, rogare quid populum, quod iubeat, aut vetet. Non alia igitur nec in privatis huius formulæ significatio est, quam ut cum dicimus agere cum aliquo, intelligamus tractare cum eo de re aliqua, ut impetremus: nec tamen quovis modo tractare, sed efficaciter: quod fit iudicio. Eadem verbi agendi significatio est in iudiciis, & cum per se ponitur sine adiuncto: intelligitur enim agere iudicio: quod eodem redit. Nam & experiri iudicio dicimus, idque frequentius. Dicitur tamen & absolute experiri, ut intelligatur experiri actione, experiri iudicio: quæ passim legenti in libris nostris occurrent. Cicero pro Cecina: *Quid agas mecum ex iure civili aut prætorio, non habes.* Idem pro Quintio, *Ego experiri non potui.* Hinc ergo tractatio illa cum aliquo, & contentio iure suscepta actio appellata: ut sit actio, si verbi significatio & origo quæritur, ius agendi non aliquem, ut ex sensu Theophili intelligi debuit; sed agendi & tractandi cum aliquo, de ea re videlicet, quam iudicio ab eo tenere & consequi volumus.

Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi.

V. Ius, id est, potestas iure tributa, ut in definitione usus fructus, itineris, viæ, actus, & similium. *L. 1. D. de usuf. L. 1. D. de ser. rust. præd.* Quæ significatio non ex proprietate verbi est, quo significatur ius naturale, gentium, aut civile, & omnino quæcunque lex est, quodcunque præceptum, quod recta ratio naturalis, aut civilis inter homines constituit. *L. omnes D. de iust. & iur.* Sed inest in eo figura usitata, metonymia: qua ius continens accipit contenti significationem: ut sit ius non lex, non ipsum illud quod constitutum est; sed id quod iure continetur, id est, quod iure tribuitur; quod iure cuique licet facere. Inde illa: ius suum persequi, ius suum obtinere, ius suum cuique tribuere, nulli ius suum detrahere. *L. iustitia. D. de iust. & iur. L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* In quibus non intelligimus id, quod quisque legislator constituit, sed quod lege cuique habere conceditur, quod persequi, & de quo certare, ut sibi id tenere liceat. Nec alia, opinor, hujus verbi significatio est, cum dicimus aliquid suo iure agere, Mitio apud Terentium

in Adelph. Act. 1. Sc. 1.

Do, prætermitto, non necesse habeo omnia
Pro meo iure agere . . . .

Pro meo iure, valet, pro eo quod mihi iure ac lege licet in filiam statuere, pro imperio & potestate, quam patri ius nostrum concedit. Hinc ad nomen iuris faciendi verbo addito, ut dicatur ius utendi, ius eundi agendi; potestas & facultas eius rei significatur lege concessa. Itaque ius persequendi hoc erit, quod dixi, facultas persequendi lege tributa.

VI. Ius per metathesim si quis dici velit, ut sit ius quasi vis & necessitas quæ nos teneat; non improbabiliter dicatur fortassis alio loco, ubi ius potestatem quid faciendi non significet. Ut autem hic dicatur, natura actionis, & potestatis omnis iure tributæ non sinit. Neque enim actio dici potest vis aut necessitas persequendi, cum unusquisque quod suum est, aut sibi debetur, persequi possit, si vult; si non vult, nulla cuiquam necessitas sit persequendi *L. 1. C. ut ne, ag. vel ac. cog.*

VII. *Persequendi*. Persequi est eo usque sequi, donec assequamur. Translatio a feris fugientibus huic loco convenientissima, cum de reo conveniendo & nostro obtinendo agitur. Nam reus dum solvere & præstare quod petitur, detrectat, fugere videtur. Unde & Græci reum [4] φεύγοντα vocant. Sed & rei intentionem de fugiendo efficiunt, ut res quoque ipsæ quas petimus, una nos fugere videantur: quas laboramus obtinere, neque tamen per fugam rei possumus, Fugientes res quibus instamus, recte dicimur sequi. Quod si eo usque sequimur, donec consequamur, recte persequi dicimur. Id autem fit agendo iudicio. Unde actio recte dicta ius persequendi iudicio. Hinc

4) Vid. *not. Lib. 17. Comm. civ. C. 4. N. 5.* Et hoc quoque verbo exceptiones, quæ proprie actiones non sunt *L. 8. §. 1. de V. S.* excluduntur, quibus rei non petunt, aut persequuntur, sed persecutiones repellunt. Dyn. *in pr. I. h. t. n.* 13. Gomes. *n.* 49. Myns. *n.* 7. Vult. *n.* 7. 103. Harprecht. *n.* 11. Gœdd. *ad d. L. §. 1. n.* 4. in quo & differt a bonorum possessione *L. 3. §. 2. de bon. poss.* quæ non tantum in agendo, sed & patiendo, cum non minus creditores hereditarii bonorum possessores conveniant, quam debitores, ab illis conveniantur, vid. Hot. *in pr. L. h. t. v. persequendi* Vult. *ibid. n.* 105.

Hinc intelligimus omnem actionem persecutionem esse. Sed docendi caussa, quo species actionum suis quæque nominibus notatæ magis intelligantur, distinguuntur ista in usu iuris, ut aliud sit actio, aliud petitio, aliud persecutio. *L. pecuniæ. §. actionis. L. bonorum. D. de Ver. sig.* De quo paulo post plura in verbo, *debetur*.

VIII. *Iudicio*. Iudicium non male ita definiatur, legitima actio de re controversa inter actorem & reum apud iudicem constituta, caussæ tractationem inter litigatores, & iudicis de ea re tum cognitionem, tum sententiam continens. *Legitima actio:* quia omnis iudicii tractatio certo ordine & progressu iure constituto constat, ut partes iudicii subiectæ ostendunt. Huius actionis & tractationis partes sunt, iudicii constitutio, seu litis contestatio; caussæ tractatio & cognitio; tum sententia & pronuntiatio iudicis. Prima iudicii pars litis contestatio. Unde iudicium cœptum dictum, cum lis est contestata. *L. 1. C. de iud.* iuncta *L. lite. D. de Usur.* Hanc sequitur caussæ cognitio: posita in his cognoscendis, quæ ad caussam pertinentia a litigatoribus acta & probata sunt. Hæc ita est necessaria, ut etiam ipso iure nullius momenti sit sententia, quæ lata sit caussa non prius iudici diligenter cognita. *L. iudices. C. de iud. L. ex stipulatione. C. de sent. & int.* Summa pars & præcipua, ex qua & iudicium appellatur, est sententia & pronuntiatio iudicis, huius condemnationem aut absolutionem continens: ac tum dicitur res iudicata, cum hac pronuntiatione res finem controversiarum accepit. *L. 1. D. de re iudic.* Ex hac parte sola, ut dixi, proprie Iudicium appellatur. Est enim iudicare Varroni *lib. 5. de ling. lat.* dicere ius seu quid iuris sibi videatur de re aliqua, & quibusdam verbis dicendo rem finire: quod tum facit quisque, cum fert sententiam. In litis autem contestatione, & caussæ disceptatione atque cognitione nulla eiusmodi iuris & sententiæ dictio est. Sed tamen hic quoque iudicii partes esse dicuntur, non tam proprietate verbi, quam rerum istarum cum sententia necessaria coniunctione: quod scilicet iure hæ ita ad vim iudicii & sententiæ antecedere debeant, ut sine his nullum iudicium sit, nulla sententia: quæ res facit, ut cum in his constat vis sententiæ, eædem quoque huius vis, proinde & sententiæ efficacis partes sint, a quibus iudicium incipere, sic deinde ad sententiam progredi debeat. Iudicii adiectio & superior definitio in primis hoc loco notanda. Nam prius nos admonet, quantum cuique tribuatur, ad res suas reposcendas: posterius, quantum iudici ad cogendos eos, cum quibus apud eum agitur. Iure civili nihil amplius cuiquam tribuitur ad res repetendas, quam actio. *L. exstat. D. Quod met. cau.* Quod omnia prætorum edicta declarant, quibus illi hoc solum pollicentur se actionem daturos. Quare si actio ius est persequendi, sed iudicio: statim verbo iudicii admonemur, ad res repetendas iudicio opus esse, vim privatam prohiberi: nulli denique licere quod suum aut sibi deberi putet, vi & auctoritate sua auferre, sibique in re sua ius dicere: quod & diligenter constitutionibus provisum est; pœna adversus vim varie constituta, ut *d. L. exstat. D. Quod met. cau. L. si quis in tantam. C. unde vi. §. 1. Inst. de vi bon. rap.* Cum autem iudicium esse dixerimus, quod præter sententiam iudicis etiam in eo caussæ cognitionem diligentem desideret: hoc etiam accedit de potestate iudicis, & ratione cogendorum reorum ad solutionem, ut intelligamus negantes debitores a iudice armata vi aut alio modo terreri non debere: sed prius convinci oportere, convictos damnari, sic denique damnatos remediis iuris ad solutionem urgeri, quod & diserte cautum est in *L. negantes. C. de ob. & act. L. 1. C. de exse. rei iud.*

IX. *Quod sibi debetur*. Ex hoc verbo incidit hæc definitio in reprehensiones vitiosæ definitionis. Nam & quædam actiones videntur hoc verbo non contineri: & rursum eodem verbo quædam comprehensa, quæ non sunt actiones: ut & illa parte angustior sit definitio: hac latior definito; vitia duo nota in definiendo. Ac videamus primum, an non multæ sint species, ex quibus persequamur quod nobis non debetur, ut non contineantur debendi verbo: actiones tamen sint. Nam cum duo genera sint actionum; in rem, & in personam: de quo est *in §. sequenti*, primum hoc verbo in universum non contineri actiones in rem: deinde ex actionibus in personam non videntur hæ contineri, popularis, iniuriarum, accusatio: quæ tamen & ipsæ sunt & nominantur actiones. De quibus priusquam recte statuatur, cognoscendum est, quid sit debere, & quæ hoc verbo contineantur: sic enim intelligemus, utrum eo verbo contineantur superiores species, necne. Et debere quisque, seu debitor esse intelligitur, a quo invito pecunia exigi

gi potest: sic definitur *in L. debitor. D. de Ver sig.* Ergo is, qui tenetur necessitate eius pecuniæ præstandæ; ab eo enim invito solum pecunia exigi potest, qui & necesse habet, quod exigitur, præstare. In nullo porro est hæc necessitas præstationis, nisi in eo qui est alteri obligatus, ut det quid, aut faciat: sic enim definitur obligatio, vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. *Supra de obl.* in pr. Quapropter in quo quis alteri obligatus non est, id alteri debere non intelligitur.

X. Hinc iam iudicetur de actione in rem. Et de ea traditum est *in §. sequenti.* actione in rem agi cum eo, qui nullo iure nobis obligatus est: quod ex superioribus nihil aliud est, quam actione in rem agi cum eo, qui nihil debet. Quid opus est verbis in hac actione, cum diserte traditum sit in *L. scribit. D. de aur. & arg. leg.* quod suum cuiusque sit id ei non deberi? Quod si ita est, non continetur hac definitione actio in rem, definiturque hic tantum in personam actio, quæ sola adversus eum datur, qui nobis debet, qui idem nobis obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio, ut est in *d. §. 1. & L. actionum. D. de ob. & act.* Et hoc alibi posset admitti, & fortasse hoc ipsum sensit Celsus, a quo sumpta est hæc definitio; quæ exstat in *L. nihil aliud D. de ob. & act.* movemurque eo, quod actionis verbo usitate veteres actionem in personam significabant, ut & in eundem titulum *de obl. & act.* relatum est ex Papiniano in *L. actio.* ut dici possit ad eam significationem atque usum veterum, qui præcessit, accommodatam esse sequentem definitionem Celsi. Sed hoc, inquam, illic atque alibi potest admitti: hoc loco non potest, ubi Iustinianus instituit agere non de actione in personam tantum, sed de omni genere actionum; ac primo etiam loco agit de actionibus in rem. Esset etiam valde ridiculum, cum genus posuisset actionis in personam, quod definivisset, id mox dividere in actiones in rem, & actiones in personam. Sic res habet, ut nisi hoc loco omnem actionem complexus fuerit definiendo, nihil eius instituto, nihil huic titulo hæc definitio conveniat. Neque vero debendi verbum refragatur. Etiam hoc verbo continetur in rem actio. Non enim male dixerimus aliquid debere esse ad id præstandum iure teneri: aut id præstandum iure teneri: ita teneri, ut id præstare oporteat? Atqui debet hoc modo, qui convenitur actione in rem. Non debet nobis rem nostram, aut eam de qua alia quavis actione in rem agitur: at debet eius restitutionem, eamque ipsam huiusmodi actionibus persequimur. *L. officium. L. qui restituere. D. de rei vind.* Est igitur & in rem actio ea, in qua persequimur id quod nobis debetur. Qua ratione recte dictum est *in L. pecuniæ §. ult. D. de ver. sig.* hoc verbum, *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere intelligi, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio. At negamus actionem in rem dari adversus eum qui obligatus est. *d. §. 1. inf.* an non igitur simul negamus dari adversus eum qui debet? Proprie negamus. Paulo largius dici potest aliud esse debere quid, aliud ad id obligatum esse. Debet quisquis obligatus est: sed potest debere, & qui non est obligatus, ut in hac in rem actione. Is obligatus dicitur, qui facto aliquo obstringitur vel suo vel alieno ad aliquid præstandum: qood postquam contigit, eius necessitatem evitare non potest, nisi solvendo, ut est definitio obligationis. Facto suo, veluti contractu, aut maleficio suo. Alieno, veluti si quis negotia eius gesserit, aut ex eius cœnaculo quid deiecerit, effuderit. Nullum eiusmodi factum incidit in actionibus in rem, propter quod is qui actione tenetur, obstringatur ei, cui competit actio. Is tenetur hac actione, qui rem cœpit possidere, cuius & habet restituendæ facultatem. At ita cœpisse possidere non est id factum, quo obstringatur possessor, id est, quo ita teneatur, quin possit & sine ulla rei restitutione in perpetuum non teneri. Non enim tenetur, si desierit possidere sine dolo malo. *L. qui petitorio. D. de rei vind.* Quod si postea deprehensus rem possidere conveniatur, teneri quidem incipit; sed propter rem, non ullo suo facto obstringi: magisque est rem hic conveniri, non personam: personam tamen propter rem, quæ a possessore tenetur. *arg. L. Imperatores D. de publ. de quo in §. seq.* Incipit ergo ad restitutionem rei teneri, eamque debere, qui idem aliquo modo ad eam restitutionem non est obligatus. At enim prius diximus eum qui debet, etiam obligatum esse: quandoquidem non ab alio exigi pecunia potest, quam ab eo qui sit obligatus. Is autem debitor, a quo invito pecunia potest exigi. *d. L. debitor. D. de ver. sig.* Et hoc vere dicitur; sed in eo a quo pecunia, id est pecunia numerata, petitur. Hæc cum petatur in genere, ut nostra peti non potest; ut alienam, sed nobis debitam

peti-

peti oportet. Hæc vero si petitur & exigitur ab invito; non ex aliis caussis deberi potest, quam ex iis, ex quibus obligatio nascitur, eoque nec ab alio exigi, quam ab eo, qui est obligatus. Quod non accidit in actione in rem: quo in genere corpus certum petitur, & id ut nostrum, aut ad ius nostrum pertinens, non autem ut debitum: etsi per consequentiam iuris nostri simul etiam corporis restitutio ot nobis debita petitor. Nihil igitur proponitur, cur non ad actiones quoque in rem hæc definitio recte possit referri.

XI. Videamus iam de tribus illis, populari actione, actione iniuriarum, item accusatione criminis. Nam duæ priores cum aperte actiones vocentur, neque etiam aliter possint appellari, nemo dubitat, quin sint actiones: accusatio autem criminis etiam actio dicitur, ut *L. qui accusare. C. de ed.* & *C. quan. civil. act. crim. præ.* Dubites tamen, an ulla earum contineatur superiore definitione, quia in his non videatur quisquam id persequi, quod sibi debeatur. Et de accusatione certum est, ea nos non persequi quod nobis debetur, atque adeo eam hoc verbo removeri. Persequitur enim accusatio omnis solum vindictam criminis: quæ vindicta ad utilitatem Reipublicæ pertinet, non privatorum *L. locatio*, *§. quod illicite. D. de publican.* Sed nec accusatio quoque actio est, aut dici solet, nisi abusive. Unde titulis maxime distinctas istas species videmus, quorum alii sunt de actionibus, ut hic; de obligationibus & actionibus, ut D. & C. alii de accusationibus, non autem de actionibus, tum D. tum C. De populari actione, & iniuriarom, quas actiones esse constat, est hoc, cur dubitetur, an videamur his persequi quod debetur: quod popularis dicitur esse ea, quæ ius suum populo tuetur. *L. 1. D. de pop. act.* quasi dicas, quæ quod populo debetur persequitur, non quod nobis privatim. Unde qui habet hanc actionem, dicitur non intelligi esse locupletior. *L. pen. D. eod.* Actio autem iniuriarum dicitur in bonis nostris non computari ante, quam litem contestemur. *L. iniuriarum 28. D. de iniur.* quo significari videtur ne in hac quidem quidquam ante litem contestatam aut nostrum esse, aut nobis deberi: alioqui in bonis nostris futurum: ut omnia tam nostra, quam nobis debita in bonis numerantur. *L. bonorum. D. de ver. sig.* Sed nihil horum probat in his actionibus actorem non persequi iudicio, quod sibi debeatur.

XII. Popularis actio dicitur ius suum populo tueri, quia summus finis & præcipuus huc spectat. Ut enim hic pecuniaria persecutio privato detur adversus eum, qui publico nocuit: tamen huc spectat actio, ut publica iniuria vindicetur, atque hac pœna proposita publicæ securitati & utilitati consulatur. Interim petitio ipsa prima, quæ ea actione proponitur, proponitur privato ei, qui agere volet, & privatam pecuniæ persecutionem habet: itaque hactenus de eo est, quod huic actori debetur; & debetur, quia ius ita hanc actionem constituit, ut qui occuparet litem contestando, huic pecunia ista 5 præstaretur. Exemplo sit actio, quæ competit eo nomine, quod effusis aut de-

5) Et ita ex populari actione, pœnam totam agenti cedere, non fisco inferri, statuit Gœd. ad *L. 12. pr. de V. S. n. 15. per d. 12. & d. L. 5. §. 5.* item per *L. 7. & 9. de iurisd. L. 3. pr. de sep. viol. L. ult. de litig.* Et quia alias, ait, definitio latior esset definito, nec divisiones & exempla illi convenirent. Ac communem dicit Iason *in §. pœnales 12. I. de act. n. 39.* referente Wes. *in Par. de iurisd. n. 14.* Qui tamen potius inter fiscum & actorem dividendam sentit, per *L. 25. §. ult. ad SC. Silan.* ut & Cuiac. 10. *Obs.* ac probat Petr. Theod. *Disp. crim. 3. Th. 1. lit. H.* Sed verius puto, nisi privati damnati ratione actor ea experiatur, (quo casu, alia illius conditio, per *L. 42. pr. de proc. L. 3. initio princ. de sep. viol.*) regulariter pœnam totam fisco inferri, per *d. L. 3. §. 5. de sep. viol.* quam cum Gœddeo *d. loc. n. 37.* de criminali accusatione exaudire, series præcedentium & sequentium non permittit. Item, per *L. 3. pr. de Term. moto* verbis: *in publico dari*. Quorum expositio: id est, ex populari actione solvi, ut tamen exactio sit privata, ut Gœdd. *d. loc. n. 16.* nimis a claro & aperto sensu verborum, aliena apparet. Nec obstat quod & *in d. L. 3. pr. de term. mo. & in 3. de sep. viol.* actio dicitur ei dari, quicunque agere volet. Ergo pœna cedit agenti. Neganda enim consecutio. Nam & accusare, ex lege Iulia ambitus, ex. gr. cuius pœna pecuniaria, cuivis licet, non ideo tamen ad accusatoris commodum. Quin & hæc ipsa causa, cur procurator in popularibus, pro actore arceatur, ut *Lib. 18. Commentar. Civil. C. 10. n. 5.* Denique *d. L. pen. §. 1. de pop. act.* satis clare hoc convincit. Nimisque durum, tum generalitatem verborum, *qui habet has actiones* ad tempus, quod iudicium acceptum præcessit, restringere. Quin ut verbi *habere*, potissimum accipi debet, tempore post litem contestatam. Antea enim cum, fatente hic Donello nostro ab alio præveniri possit, cum nec iure domini, quia actio hæc est populi totius non singulorum, nec sine interpellatione obtineat, vere *habere* dici nequit *L. habere 87. de V. S. L. 164. §. ult. eod.* non magis, quam quicunque alius: Sed nec apta ulla dubitandi ratio si, ut Donellus vult, accipiatur. Ad *d. L. 12. de V. S.* Resp. dici Creditoris loco, non quod emolumentum, ad ipsum pertineat, sed quia iudicium accipiendo, quasi contraxit *L. 13. §. 11. de pecul.* & sic novatione facta obligationem, quæ prius universi populi potius, quam singulorum, in se transtulit; Subtilitate tamen iuris, magis quam utilitate. Eodem modo, quo procurator, lite contestata, dominus litis efficitur: *Lib. 18. Civil. Commentarior. Cap. 12. n. 25.* atque ita creditor, quia fit novatio *L. ult. C. de us. rei iud.* Locupletior tamen, ideo dici nequit, cum quicquid ex lite consequitur, ad dominum mandantem redeat *L. 46. §. 4. de Procur.* Ad *d. L. 5. §. 5.* resp. Loquitur de damno pecuniario, *ibid. in fin.* Itaque de intentata ratione privati interesse, quo casu & ad heredes transit, si & eorum intersit, & pœna actori applicatur, ceu damni pensatio. Ast si alius, quam cuius interest, velit experiri, heredibus iure hereditario non competit, ut diserte additur *ibidem*. Intellige: nec lite contestata; quia verba generalia, & quia veluti procurator populi est, sic agens. is autem

deiectis liber homo perisse dicetur. Hæc in quinquaginta aureos proponitur a prætore *L. D. de his qui deiecer. vel effuder.* Eadem pœnalis & popularis esse dicitur in *L. 5. §. hæc autem. D. eod.* Cur popularis, cum privatæ pecuniæ persecutionem contineat, quæ pecunia actori præstetur? quia vere huius actionis finis hic est, ut metu pœnæ prospiciatur securitati viarum: quæ ratio illius edicti redditur in *L. 1. §. 1. D. eod.* Et tamen nemo non videt hanc ipsam persecutionem quinquaginta aureorum privato dari, & eius pecuniæ nomine quam idem actor sibi exigat, non populo, & exigat, ut debitam: quoniam aliter ab invito exigi non posset. *d. L. debitor. D. de verb. signi.* Cur ergo dicitur qui hanc actionem habet, non esse locupletior? *d. L. pen. de pop. act.* Quia hoc de eo dictum est, qui litem nondum est contestatus. Ante litem ex hac actione contestatam qui hanc actionem habet, non est locupletior; post litem contestatam locupletior est, & incipit esse creditor, qui prius non fuerat, ut significatur in *L. si cui D. de ver. sig.* quippe iudicio contrahitur. *L. 3. §. idem scribit. D. de pec.* At enim ut probetur actionem hanc aliquando non esse de eo quod debetur, satis est dici saltem ante litem contestatam hanc actionem haberi, & tamen qui eam habeat non esse locupletiorem. Nam si non est locupletior, utique nihil ei debetur. Erit igitur tum actio popularis, quam etiam dicamus haberi ab eo qui nondum ea egerit: & tamen non erit ius persequendi iudicio, quod illi debeatur. Ego puto eum qui hanc actionem habeat ante litem contestatam, ideo dici per id tempus non intelligi locupletiorem, non quia non possit esse revera: sed quia nondum intelligatur; verum pendeat ex eventu, an lis contestetur postea, an non contestetur. Si lis contestata non sit, retro versus perinde habetur, quasi nunquam actio competiisset, ut vere dicturi simus uti actio non fuit, sic nec quidquam debitum fuisse.

Multa autem possunt accidere, ne qui hanc habere putabatur, litem contestetur: vel quia noluit, vel quia extitit is, cuius magis interesset, vel is qui magis esset idoneus ad agendum (hi namque præferri solent. *L. 2. L. 3. D. de pop. act.*) vel quia morte præventus cum vellet agere, non potuit. At si litem fuerit contestatus, qui hanc actionem habuit: hic contra eveniet, ut retro versus dici possit non solum actionem ante habuisse, sed etiam fuisse in eo, quod ei deberetur, quod tamen ex eventu postea cœperit intelligi. Et certe frustra institueretur actio de ea pecunia quæ peritur, nisi peteretur ut debita, ac de ea ut debita actio competeret. Non enim post litem contestatam nasci oportet ius persequendi, ut recte agatur, sed ante. Alioqui intentio non procedat. Conditio actionis impleta locum petitioni facit: non ex petitione impletio huius conditionis nascitur. *L. nuda. C. de cond. stip.* Planeque hic idem accidit, quod in re legata priusquam de agnitione aut repudiatione legatarii constiterit. Dum hoc pendet, non potest intelligi, an res sit legatarii; ac de eo affirmari nihil potest: neque e converso. *L. quædam. D. de reb. dub.* Nempe ideo, quia potest repudiare: quod si facit, pro eo erit quasi nec esset legatum. *L. legatarius, §. 1. de leg. 1.* At si agnoverit legatum; iam eius res fuisse intelligitur, non ex quo agnovit, sed retro versus ex quo adita est hereditas. *L. servum filii. L. si tibi homo, §. cum servus. D. de leg. 1.*

XIII. Idem de actione iniuriarum licet dicere. Hæc ante litem contestatam non computatur in bonis, ut est in *d. L. iniuriarum 28. de iniur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatur, & ita decedit, perinde est, quasi nulla fuisset actio; quæ nec illi profuit vivo, nec prodest heredibus, ad quos non transmittitur. *L. heredi 13. D. de iniur.* At si iniuriarum agat, & litem fuerit contestatus; iam ita fit actio actoris propria, & de eo quod

autem ad heredes coeptam litem non transfert, *Lib. 18. Civil. Commentarior. Cap. 17. N. 12.* Ad *L. 3. pr. de sep. viol.* resp. ex ante dictis peti potest *d.* vero *L. 7. & L. 9. de iurisdict.* nihil definiunt de hoc, in neutram partem. Ad *d. L. ult. de alim.* resp. nec de populari actione esse, nec de persequente publicum interesse, sed suum. Solius enim agentis, ibi interest, rem litigiosam non dedicare &c. Et ratio subiecta, in popularibus actionibus locum non habet. Ad *d. L. 25. §. ult. ad Silan.* respondet ipse Gœddeus *d. loc. n. 18.* speciale, in ea actione, de qua ibi, eoque ipso argui regulam contrariam. Recte hoc: at animadvertere debuit, hoc ipso magis suam sententiam convelli. Si namque eo casu, ubi peculiari præmio, ad agendum invitare voluit prætor, ut illic tantum dimidia datur actori, pro opera multa in difficili inquisitione impendenda; utique aliis casibus, ubi hæc præmii & ratio & pollicitatio prætoris cessat, integra eidem tribuenda non est. Denique non obstat, quod sic definitio actionis popularis non congruat. Nam imo congruit æque, uti alii, quæ per procuratorem exercetur. Persequitur hic agens pœnam populo debitam, facto rei læso, cuiusque interest, eam fisco persolvi. Ipse vero actor, non suo nomine agit, nec ut Titius, Caius, (quia nec ex contractu suo, hæc ipsi actio, nec ex delicto adversarii, qui non magis ipsum, quam alium quemvis læsit) sed quasi unus ex populo *L. 42. §. 2. de proc.* mandatum habens a lege, sicuti tutores, curatores, &c.

Digitized by Google

vere dicatur ei deberi, ut ex eodem eventu intelligatur retro quoque fuisse in eius bonis, & fuisse ius persequendi iudicio, quod agenti deberetur. Non ergo ante dicitur computari in eius bonis; non quia non possit esse si quis consideret id quod natura certum est: sed quia non potest a nobis hoc intelligi, prius quam litem sit contestatus: multa autem incidere possunt, ne contestetur. Sunt ergo hæ actiones, id est, & in rem, & popularis, & iniuriarum, omnes ut verbo debendi, ita hac definitione ex eo verbo comprehensæ; nihil ut hac parte desit definitioni, etsi actionis verbo generaliter omnem persecutionem hic intelligamus. Quod ideo hic tenendum esse dicimus, quia aliter non conveniat actionis verbum, quod hic definitur, aut partitioni iuris initio a Iustiniano propositæ, aut subiectæ hoc loco actionum divisioni, & tractationi.

XIV. Sed ex hac interpretatione incidimus in alterum incommodum priori contrarium, ut quoniam verbum debendi generaliter hic accipimus, & definitionem de omni persecutione; videatur plus contineri his verbis & definitione, quam definito. Quædam enim videntur esse persecutiones eius, quod nobis debetur, quæ tamen non sint actiones: cuius generis persecutio eorum, quæ debentur officio iudicis; item restitutiones in integrum: nam de interdictis & stipulationibus prætoriis, ut his petimus aliquid quod debeatur: ita & hæc actionis verbo contineri scriptum est in *L. actionis. D. de ob. & ac.* Quid, quod actiones in rem, item persecutiones extraordinariæ distinguuntur ab actionibus, ut species diversæ? De quibus item dicam paucis, quantum necesse sit ad definitionis & rei propositæ explicationem. Aut igitur in his omnibus nihil debetur, aut si quid debetur ac persequendi ius est, simul quoque & in his actio est. Ex his quæ consequimur officio iudicis, sunt exempli gratia usuræ: hæ in bonæ fidei contractibus ex mora accedunt, & præstantur officio iudicis. *L. qui per collusionem. §. 1. D. de act. em. L. quaero. D. loc.* Atque hæ etiam dicuntur ex mora deberi. *L. mora. §. 1. D. de usur. L. initio. C. de pac. int. em. & ven. com.* Negantur tamen peti posse. *d. L. qui per collusionem. §. 1. de act. em.* quo ipso negatur de his esse actionem; quoniam nulla actio sine petitione. Non ergo, dicat aliquis, ius omne persequendi iudicio, quod nobis debetur, est actio. Immo aut hæ usuræ non debentur, aut quatenus debentur, de his petitio est & actio. Dicuntur deberi, sed dicuntur cum adiuncto, ut præstentur officio iudicis. Cuius tandem iudicis? nempe qui aditus erit de usuris, & a quo hæ quoque petitæ erunt: nam ne in iudiciis quidem bonæ fidei ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis potest. *L. ut fundus. D. com. divi.* Est igitur & de his petitio: proinde & actio. Et vero actio: non tamen qua per se peti possint, & principaliter, sed actio de sorte ipsa, circa cuius exsecutionem etiam Usurarum ratio habetur officio iudicis, ut de simili accessione quæ præstatur officio iudicis, scriptum est in *L. centum. D. de eo: quod cer. loc.* Ita actio est & de usuris, sed quæ de sorte instituta inducat per consequentiam etiam usurarum præstationem. Sortis vero actione sublata etiam usurarum petitio tollitur. *L. 4. C. depos.* Ex hoc tempus est, quo dicuntur hæ usuræ peti non posse. *in d. L. qui per. §. 1.* de act. em. *non possunt*, inquit Hermogenianus, *usuræ peti, pretii sorte licet post moram soluta:* quippe hac soluta tollitur de sorte actio: qua sublata nec accessioni locus est. *d. L. centum* in fin. *L. ult.* in pr. *D. de eo quod cer. lo.* & ut est in d. *L. 4. C. dep.* non hic duæ sunt actiones, una sortis, alia usurarum: sed una sortis cum suis accessionibus: qua sublata, nulla amplius nec de accessione petitio superest. Faciamus ergo actionem de sorte sublatam esse: ne usuræ quidem istæ, aut alia accessio debebitur amplius. *d. L. ult. D. de eo quod cer. lo.* Faciamus de sorte recte actum: tum quidem vere dicetur usuras deberi & accedere officio iudicis: sed & de his quoque erit actio: nempe illa ipsa quæ de sorte instituta est, cui etiam usurarum præstatio accedit vi & potestate iudicii bonæ fidei.

XV. Restitutiones in integrum eiusmodi sunt, ut quidquid est, in quo petimus restitutionem, sit adhuc in eo, quod nobis videatur deberi. Nemo enim videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur. *L. nemo, D. de in int. rest.* At de restitutionibus ita scribit Paulus *in L. quod si minor. §. ult. D. de min.* quasi harum persecutio actionem non habeat. Nam de restitutione minorum loquens: *ex hoc edicto*, inquit, *nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Sed si in restitutionibus beneficium prætoris facit, ut sic etiam debeatur adhuc, quod summo iure amissum erat: facit idem beneficium, ut & peti pos-

possit. In quo est petitio restitutionis proposita a prætore. Neque hæc petitio aliud est, quam actio, qua cum eo agitur, adversus quem nos restitui postulamus. Itaque & hæc ipsa cognitio de in integrum restitutione minoris, actio nominatur in *L. non solum*. §. *est & casus*. *D. de proc.* putaturque pertinere ad illa verba edicti de procuratoribus. Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, & quæ sequuntur in *L. servum* §. *ait D. de proc.* Et quod ait Paulus ex edicto de minoribus nullam esse propriam actionem, hoc ipsum confirmat. Propriam actionem esse negat; significans actionem esse, sed non propriam, id est, unam & certam, quæ omnibus minorum restitutionibus conveniat. Variæ enim caussæ petendæ huius restitutionis: variæ, ad quæ restitutio postulatur. Totum igitur hoc pendet ex prætoris cognitione, ut æstimet quid, qua de caussa postuletur, ut ad petitionem accommodetur beneficium restitutionis. Quod reliquum est, distinguuntur in usu iuris species persecutionum ita, ut actio dicatur solum quæ in personam est, petitio, quæ in rem; persecutio, quæ extraordinaria persecutio est. *L. pecuniæ* §. *actionis*. *D. de ver. sig.* *L. actio*. *D. de ob. & act.*

XVI. Sed non eo minus verum est etiam actionis verbum generale esse, dicique actionem omnem sive in personam, sive in rem sit petitio, ut adiicitur in *d. L. pecuniæ*. §. *actionis*. *D. de ver. sig.* quomodo & nunc actionem Iustinianus usurpat. Quam recte ergo distinguuntur? Non sane vi & significatione verborum, quæ omnia per se idem valent: ut quacunque de re cum alio iure iudicioque agamus, in eo & actio, & petitio, & persecutio recte dicatur. Actio, quod nulla omnino petitio aut persecutio esse potest licet in rem, in qua non cum aliquo de re aliqua agatur, ut est in §. *seq.* Petitio, quod in omni actione est aliquid quod petamus ab adversario. Persecutio, quod nihil aliud est agere & petere iudicio, quam rem iudicio persequi. Et ita actionis verbum esse, diserte scriptum est in *d. L. pecuniæ*. §. *actionis*: petitionis autem sic usurpatur in *L. exstat*. *D. Quod met. caus.* sic persecutionis in hac definitione, ubi actio dicitur ius persequendi. Sed in his distinguendis, ut & in aliis innumeris, quæ significatione non multum differebant, commoditas docendi spectata est a veteribus: scilicet ut cum plures essent species actionum, quas commodum esset ut re distinctæ sunt, ita singulas propriis nominibus notari, quoniam verborum confusionem etiam rerum confusio sequi solet: ideo distinguerentur nomina hæc quoque, & actio in personam, petitio in rem, persecutio extraordinaria diceretur. Id factum esse hac ipsa ratione Iustinianus docet in verbis iniusti, rupti, & irriti testamenti, in §. *alio autem*. *Inst. quib. mo. test. inf.* quod in una specie dictum pertinet ad omnes similes.

Omnium autem.

§. I.

Summa huius tituli, ordo atque usus. I.
Actionum divisio in rem & in personam docet, cui, & adversus quem detur actio. II.
Actionum divisio in rem & in personam a caussa efficiente ducta, non aliunde. III.
Iudex quis, & quis arbiter; & qui arbitri hic designentur. IV.
Summa divisio quid: & quid summum, ac primum. V.
Actio in rem non est in personam, ut in personam hic accipitur. VI.
Simplicibus in dividendo an contineatur mixtum. VII.
Mixtas actiones tam in rem, quam in personam nullas esse. VIII.
In rem scripta actio, pactio, lex, quid sit. IX.
In rem hic quid significet. X.
In rem actio cur dicatur adversus rem. XI.
In personam cur dicta, cum omnes actiones sint adversus aliquem. XII.
In personam actio, quid. XIII.
Ad exhibendum actio in rem, non in personam. & quo sensu dicatur ab Ulpiano esse personalis. XIV.
Modus agendi in actione in personam, intentione unus; pro negotiorum qualitate infiniti. XV.
In rem actionis caussae duae. XVI.
In rem actio soli domino competit, sed civilis. XVII.
De incorporalibus in rem actio & vindicatio. XVIII.
L. vindicatio, D. de rei vind. explicatur. XIX.
In rem actio adversus possessorem. XX.
Possessor quis habendus in actione in rem, ut sit adversus eum actio. XXI.
In rem actionem possessio parit adversario, quid sit. XXII.
In rem actio cur non adversus eum qui sit obligatus; sit tamen adversus eum, qui tenetur actione. XXIII.
Petitio actionis in rem, & in ea officium iudicis. XXIV.
Possessor in lite contestanda an, & quando necesse habeat se contra dominum dicere; & an sit utile. XXV.

Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat. Nam si Titius suam esse intendat: in rem actio est.

I. COnstat hic titulus maxime certis divisionibus actionum: quas priusquam attingimus, utile erit initio summam tituli complecti, & videre, quid in his divisionibus & toto titulo agatur. Sic enim facilius cognosci poterunt singulae tituli partes, itemque earum usus, cognita ea re summa ad quam velut exstruendam referuntur; & simul intelligi, quem fructum ex ipso titulo capere possimus; quorum alterum docilitas legentis sequetur, alterum attentio. Accommodata est tractatio omnis ad id, quod in hac parte quaeritur. Quoniam igitur partitio iuris, quam supra posuimus, sic actiones statuit, ut intelligatur in his ea ratio, qua ius nostrum, quod prius constitutum erat, persequamur, & persequamur iudicio: ad hanc persecutionem instituendam res postulabat, ut intelligeretur quam recte institueretur quaevis actio, ne frustra experiremur; tum quid quantumque sperare deberet quisque ex ea actione, quam haberet: ut hinc posset etiam existimare apud se, num sibi expediret ea actione experiri. Utroque communiter fit, ut sciat quisque an possit agere, & quatenus; posteriore etiam, an expediat. Et utrumque horum praestat hic titulus, quae & totidem capita tituli esse animadverto, in quibus explican-

eandis versatur: duo hæc, inquam, unum, quæ sit recta institutio actionis, seu quibus rebus opus sit ad actionem recte instituendam: alterum, quantum liceat ex unaquaque exspectare. Horum utrumque explicatur hoc titulo hoc modo atque ordine. Ut quis recte agat, quatuor his in rebus positum est; ut ei competat actio; ut in eum, cum quo agitur; ut petat, quod oportet; ut petat quantum oportet. Nam & ab eo cui non est actio iure prodita, & adversus eum in quem non est prodita, frustra agitur: & cum omni actione peti aliquid necesse sit, quod debeatur; iure petere quod non debetur, nec ultra quam debetur, cuiquam licet. Ad hæc explicanda quatuor divisiones primæ hoc titulo comparatæ sunt, & his adiuncta tractatio de plus petitionibus. *Prima* divisio est in hoc §. *omnium*. protenditurque ad §. *sequens illa*. Hæc docet, cui & adversus quem omnis competat actio, & in genere quid petat. *Secunda* est in *d.* §. *sequens*. Ea docet explicatius, quid petatur quaque actione; ex quo intelligitur etiam, quandiu quæque actio competat, ut ibi dicetur. *Tertia* proponitur in §. *omnes autem*. Ea ostendit, quantum quaque actione recte petatur. *Quarta* est in §. *actionum autem*. Hæc ex natura actionis cuiusque docet eadem illa, quæ iam dixi: nempe quid quantumque pro natura iudicii petamus & consequamur officio iudicis: plus enim consequimur actione bonæ fidei & arbitraria; minus actione stricti iuris. Ex his nascitur quæstio, quid fiat, si is qui agit, plus, minusve, aut aliud petat, quam illum oportet petere. Ex quo illa tractatio de his petitionibus, superioribus divisionibus subiecta, quæ hunc locum explicat in §. *si quis agens*. usque ad §. *sunt præterea*. & in his quæ pœna sit, aut non sit, docet. His expositis attexitur *quinta & postrema* divisio (tot enim sunt summæ huius tituli de actionibus divisiones, ut suis locis ostendetur) divisio illud secundum explicans, quod supra posui, quid ex quaque actione sperare debeamus. Ea est in *d.* §. *sunt præterea*, & deinceps: qua docemur quasdam actiones esse, quibus idipsum quod debetur & petimus, solidum consequamur; quasdam, quibus non semper solidum.

II. Venio ad *primam* divisionem, quæ hoc §. traditur: quæ cum doceat, quis cum quo recte agat, merito hanc primam Iustinianus posuit: prius enim esse oportet, adversus quem consistamus iudicio, quam quidquam ab eo iudicio consequamur. Et quoniam magnus atque evidens divisionis usus est, si id ostendit, quod dixi, neque statim ex verbis divisionis id perspicitur; recte fiet, si id statim ab initio statuamus. Id vero aperte ostendit divisio propositis his caussis, propter quas adversus aliquem agere possumus. Docet autem in summa duas has omnino caussas esse: unam, si quis nobis sit obligatus; alteram, si possideat quod nostrum sit. Quæ adversus obligatum est actio, in personam; quæ adversus possessorem de re nostra, in rem dicitur: quæ duo genera sunt huius divisionis. Ut iam si quæratur, quæ caussæ dent nobis actionem adversus aliquem, recte dici possit, in re debita esse adversarii obligationem, qua nobis tenetur: in re nostra esse a nobis ius nostrum, ab eo cum quo agitur possessionem: de quibus mox plura.

III. Itaque rectissime sentiunt, qui hanc divisionem ex caussa efficiente [1] ductam esse volunt: apparet enim ex præcedentibus. Non recte vero qui hac divisione explicari putant substantiam actionis. Rogati enim quid sit actio, in qua quæstione de substantia rei quæritur, respondebimus esse ius persequendi, ut est definitio. Rogati autem qualis sit, & cuius generis (in quo quia de accidente quæritur, perspicuum est de substantia non quæri, quoniam hæc toto genere differunt substantia & accidens) duarum alterum, aut in rem esse respondebimus, aut in personam. Ne ad finem quidem actionis hæc divisio pertinet: finis enim hic est, ut consequamur quod petimus, sive nostrum, sive debitum nobis; minime autem ut personam conveniamus, aut rem. In quo tamen hæc divisio versatur. Hoc enim efficit divisio, ut norimus, ubi personam certam sequamur, ubi rem ipsam quæ petitur. Illud tolerabile non est, quod quidam scripserunt, a materia sumptam divisionem, quia scilicet omnis actio circa personas versetur, aut circa res. Erramus enim valde, si putamus actionem in rem dici, quia in ea res petatur; in personam, quia peta-

1) Diss. Wes. *in Par. h. t. n.* 19. volens ductam esse a materia, circa quam Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 2. divisionem a causa materiali, reliquis priorem esse; quia non causa efficiens, sed materia ingrediatur substantiam rei, & Mynf. *ibid. n.* 8. Harprech. *n.* 2. Certe ab efficiente ductam, vix probabile est. Neque enim in personam dicitur, quod ex obligatione factove personæ; neque in rem, quod ex dominio, possessioneve rei: sed, ut ipse Donellus quod illa contra personam, hæc contra rem. Nam igitur persona, & res hic ut caussa efficiens considerari possunt, sed nec ut materia, circa quam, seu obiectum: verum, ut subiectum recipiens.

petatur persona. Una omnium actionum materia est, res quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando accidit, ut petatur servus; non tamen ut persona petitur; sed ut res vel nostra vel nobis debita: & tam actione in rem peti potest, si noster est, quam actione in personam, si debetur. Sed cur ita vocentur, paulo post suo loco dicemus.

IV. *Quibus inter aliquos apud iudices*. Hæc verba declarant iudicium tribus personis constare: actore, & eo cum quo agitur, id est, reo: *L. 3. D. de iur.* qui litigatores sunt, inter quos res agi dicitur: item iudice apud quem res agitur, qui eius caussæ iudex & disceptator est. *Apud indices arbitrosve*. iudex ab arbitro hoc distat. Iudex est, qui ita iudicat, ut in ea re munere publico fungatur. *L. ult. §. iudicandi, D. de mun. & hon.* Unde & notionem habere dicitur, id est, potestatem cognoscendi iure constitutam. *L. ait, D. de re iud.* Arbiter autem est iudex quidem & ipse, ut significatur *in L. pen. D. de iud.* sed iudex voluntarius, id est, qui ex consensu litigatorum sumptus inter eos partes iudicis suscepit. *L. Pomponius, §. recepisse, D. de recep. ar.* is non appellatur iudex proprie, quæ ratio est eos hic distinguendi; quia iudicis est iudicare: coniugata enim iudex & iudicare. Est autem iudicare ius dicere, Varroni *lib. 5. de ling. lat.* id est, dicere quod vere ius est: quod est proprium officium iudicis: ab eo enim exigitur, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est. *tit. de off. iud.* in princ. *inf.* At arbiter ita iudicat, ut magis arbitretur, id est, in sententia id dicat pro officio, non utique quod ius est, quasi aliud ratum non sit; sed quod sibi æquum videtur, ut ratum sit, sive æquum dixerit, sive iniquum. *L. qualem,* in princ. *D. de recep. L. societatem, 76. §. ult. D. pro soc.* Non eo minus tamen recte coniunguntur hi cum iudicibus hoc loco, cum de actione instituenda, id est, ea persecutione, quæ iudicio fit, agitur. Nam ut arbitri iudices sunt, ut dixi; sic apud eos & persecutio, & iudicium: & quidem ita, ut quamvis in dissimili potestate iudicandi, eadem tamen forma sit & ratio iudicii exercendi. Hic eodem modo actio instituenda; nec aliter eorum arbitrium ratum est, quam si ordine iudiciario, id est, caussa more iudiciorum agitata & cognita ad sententiam ferendam processerint. Idque est, quod dicitur compromissum ad similitudinem iudiciorum redigi. *L. 1. D. de recep.* compromissum id est, arbitrium, cum ex compromisso itur ad arbitrum. *d. L. societatem §. ult. pro soc.* Quod si vere dicitur in arbitris, qui proprie ita appellantur, nec funguntur publico munere iudicandi: multo magis pertinet ad eos iudices, qui cum vere sint iudices fungentes publico munere, dicuntur etiam in usu iuris arbitri: quo verbo ut plurimum appellari solent iudices, qui ex bonæ fidei iudicio cognoscunt: propter liberam iudicandi potestatem pene per omnia cum arbitris communem. Unde & iudicium ipsum arbitrium. *L. ad officium. C. com. divi. L. ut fundus. D. com. di. L. pro socio. D. pro soc. L. arbitrium. L. ult. D. fa. er.* Sed cum locus utrumque ferat, plenius est arbitrorum verbo priores hic accipi: sed & rectius: nam alioqui non satis commode distinguerentur arbitri a iudicibus, cum posteriores illi maxime sint iudices, & dicantur: ut *d. L. ut fundus. com. divi. d. L. arbitrium. fa. er.* Scio coniungi ista interdum iudicem arbitrumve, ubi tamen arbitri verbo iudex datus intelligatur: ut in *L. lex Iulia. D. de leg. Iul. rep. L. a Divo.* in pr. *D. de re iud.* Sed id tum fit, cum ex adiuncto intelligitur non alium iudicem arbitri verbo posse accipi: quod fit in *d. L. lex Iulia;* ubi ita scriptum est, lege Iulia de repetundis præcipi, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum, mutandum, iubendumve ut iudicet: quæ adiuncta nisi in iudicem a magistratu datum non cadunt: quoniam ex compromisso sumpti, nec dantur, nec mutantur a magistratu. Idem intelligitur, cum nominatur arbiter, quem magistratus dedit. *d. L. a Divo. de re iud.* Hoc autem loco nulla res cogit significationem iudicis & arbitri in angustum adducere, & negligere commoditatem distinctionis, ut cum prius nominati sint iudices generali vocabulo, subiiciantur adhuc alii divisim, qui nihilominus iudices sint. Recta est interpretatio, quæ in ambiguis non quærit, quid usquam significetur verbo, sed prudentiam adhibet, & videt, quid ei loco, in quo versatur, maxime conveniat: cum in ambiguo sermone non utrumque dicat, qui loquitur, sed id dumtaxat, quod vult, ut bene scripsit Paulus in *L. 3. D. de reb. dub. De quacunque re*. Sive corporalis erit, sive incorporalis: & sive nostra erit, sive nobis tantum debebitur: hæc enim postea genera rerum in actionibus distinguuntur, quia ad genus actionis sæpe multum interfit, quo de genere earum rerum agatur. V.

V. *Summa divisio*. Summa divisio sæpe nominatur a nostris ea, quæ inter multas prima ponitur. Ut summa divisio personarum *tit. de iur. per. sup. L. 3. D. de stat. ho.* summa divisio rerum in *L. 1. D. de rer. di.* summa divisio actionum hoc loco. Et hoc vident omnes: ratio nominis non item nota omnibus: de qua nonnihil dicendum est: cum potius videri possit verbi significatio repugnare. Nam summum Latini solent appellare, quod est ultimum & postremum; quo ex usu summum opposuit primo Horatius *epist. 1. lib. 1.* his verbis:

Prima dicte mihi, summa dicende camœna.

Et certe scimus summa esse, quæ sunt in supremo loco; qui locus in exstruendo & conscendendo solet esse postremus. An ergo summa intelligetur brevis, ut solemus summam dicere in numeris; ex quo summæ rerum, & summatim dicere, cum significamus multa in unam summam colligi, & dici breviter? Sed sunt aliæ divisiones eiusdem generis tum mediæ, tum postremæ non minus breves, interdum etiam breviores. Quid ergo est? Et ut est relatio ad res alias, ita variatur summi significatio; recte ut alias dicatur summum, quod est extremum; alias summum non id quod primo loco ponimus, sed quod primum locum tenere debeat. Interdum enim summum ad ordinem & progressum collocationis refertur; interdum ad rei & loci dignitatem. Ordinem collocationis cum spectamus, recte summum dicitur, quod est extremum; quoniam quæ in exstruendo summa sunt, tempore & progressu collocationis sunt extrema: extremo enim loco imponuntur. At cum dignitatem rei inspicimus, primo quidem summum dicitur, quod in summo & maxime omnium edito loco collocatur propter præstantiam. Sed quoniam quæ eiusmodi sunt summa, eadem & ordine prima facimus propter dignitatem: eo fit, ut dignitatis habita ratione summum dicatur, quod est primum, & vice versa primum, quod intelligi volumus summum; quia eiusdem dignitatis est & præstantiæ, ut qui propter hanc statuitur summo loco, idem ordine procedendi anteeat cæteros. Unde in hominibus eos qui dignitate & gradu antecellunt, vocamus summos ex loco; atque eosdem ab ordine vocamus primos, non ut aliud intelligamus summorum appellatione, quam primos; nec appellatione primorum quam summos. Sic Gnatho loquitur apud Terent.

In Eun. Act. 2. sc. 2.

Est genus hominum, qui esse primos se omnium rerum volunt.

primos, id est, summos. Qua ratione summa opponuntur imis, id est, prima postremis. Unde & quæ sunt prima, dicuntur esse supra, quæ autem sequuntur, infra; illa superiora, quæ priore loco præcesserunt; hæc inferiora, quæ sequuntur. Plane isto sensu dicuntur in his omnibus quæ proposuimus, summæ divisiones, quæ non scriptura sunt primæ, sed dignitate & gradu primæ, ut & ordine præcedere debeant, ut sint hæ supra alias, cæteræ infra; ut quæ ex prioribus his pendeant. Denique summæ, quæ summo & maxime conspicuo loco poni debent; id est, primo. Is est enim, qui legentibus statim occurrit, & ab omnibus maxime conspicitur. Atque huius generis est ea divisio, quæ hic proponitur. Docet enim, id quod in omnibus actionibus est primum, & quo non posito longius progredi non licet. Nempe quis adversus quem consistat iudicio: sine quo frustra deliberemus, quid quantumque petatur; in quo versantur reliquæ divisiones. Recte ergo summa divisio, quæ ordine naturæ & necessario anteit reliquas, & quam ideo sequi debent reliquæ.

VI. *In duo genera deducitur*. Numerus divisionis initio observandus. Statuuntur enim hic, ut & in *L. actionum, de oblig. & act.* actionum genera hæc duo, in rem, & in personam: & duo tantum, non plura. Quorum utrumque vitiosum potest videri, nisi explicatur. Primum illud, quod placet genera hæc duo diversa esse, in rem, & in personam: quasi quæ in rem est, non sit in personam. Quod contra est. Omnis actio est in personam. Eoque unum genus actionis in personam, non duo, quorum unum non sit in personam: nam illæ ipsæ, quæ dicuntur in rem, cum nisi adversus possessorem non fiant, non sunt omnino, nisi in personam. Denique nulla actio est, nisi cum eo, cum quo agitur, ut hoc ipso in loco traditur. Eum autem cum quo agitur, adversarium intelligimus, nec adversarius quisquam, nisi is adversus quem agitur, & constitiitur iudicio. Sed significatio horum verborum exposita rem expediet, de quo mox plura. Nunc hoc satis ad id de quo quæritur, actionem in rem esse illam quidem

In

in personam: at non ita, *ut in personam* in hac divisione intelligi volumus. In personam enim dici, cui persona sola eius cum qno agitur, sine re quam habeat, locum facit: in rem contra, cui res possessa: utpote in qua res possessa verius convenitur, ac propter rem persona: sine re autem nulla ea actio est. Quæ aperte genera distincta esse apparet. Duo igitur, non unum. Sed quod statuuntur duo tantum, quale sit, videamus. Et videri potest saltem hoc vitiose: dici enim hic non unum genus esse prætermissum; sed mixtas quasdam tam in rem, quam in personam: & eam, quæ dicitur in rem scripta, Quod metus caussa. Primum in §. *quædam*, *inf.* dicuntur quædam actiones mixtam caussam obtinere videri tam in rem, quam in personam: hæ videlicet, familiæ ercifcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Qnas si vere ita mixtas admittimus, tertium genus efficitur distinctum a prioribus: ut dici debuerit summam hanc divisionem quæ proponitur, in tria genera deduci, non dno tantum, ut hic scriptum est. Nisi tamen defendimus cum multis duo hic tantum genera esse: nam tertium illud mixtum satis sub simplicibus contineri. Atqui si dicimus contineri, hoc ipso concedimus re vera tertium genus esse: nihil enim interest, ut sit, utrum dicamus id exprimi verbis, an non expressum vi ipsa contineri: quoniam non potest contineri alia re, quod non est.

VII. Ac ne illud quidem verum est, duobus generibus simplicibus propositis satis mixtum comprehendi, ut potuerit omitti mixtum sine vitio. Non ita esse Iustinianus clare ostendit hoc titulo in his ipsis divisionibus: non eo tantum, quod de mixtis illis dixit separatim: sed etiam luculenter exemplo proposito in actionibus rei, & pœnæ persecutoriis, quas cum in hæc dno genera divisisset, tertium genus nominatim in eandem divisionem adiecit, ut diceret quasdam esse mixtas. §. *sequens illa*, *infra*. Esset tutius admittentibus superiores illas actiones mixtas esse tam in rem, quam in personam, fateri & hoc genus esse tertium in hac divisione prima, neque esse prætermissum a Iustiniano, cum postea diserte id genus posuerit in *d.* §. *quædam*. Diceremt etiam non obstare, quod hic scriptum est divisionem in duo genera deduci: non enim additur in duo tantum, ut tertium excludatur; itaque in tria deduci re vera: sed in duo, quæ ponantur hoc loco; & tertium quod positum sit in *d.* §. *quædam*. Id cum appareat ex sequentibus sensisse Iustinianum, id sequendum esse: neque enim oportere verba captare ullius loci, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. *L. pen. D. ad exh.* De mente autem si quæreretur, incivile esse nisi tota tractatione perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere. *L. incivile D. de legi*. Sed nihil opus est in utroque horum laborare, ut vel in hac summa divisione tria genera actionum esse defendamus, vel duo tantum quibus recte contineantur mixtæ.

VIII. Hac disputatione opus est his, qui admittunt superiores actiones mixtas esse tam in rem, quam in personam. Non est necessaria, si quis neget esse mixtas; sed aut in personam tantum esse dicat, aut in rem tantum. Quæ nostra hic defensio est, eaque expedita. Vere ergo summa hæc divisio actionum duo tantum genera habet, ut aut in rem sint omnes, aut in personam, in quam sententiam conveniunt & hic locus, & *L. actionum. de obl. & act.* Ne nos hic moveant superiores actiones: hæ enim in personam tantum sunt, non etiam in rem, ut suo loco exponemus, id est, in *d.* §. *quædam*. Nec verba eius loci refragantur. Dicuntur enim illic mixtam caussam non obtinere, sed obtinere videri tam in rem, quam in personam. Recte videri; quia id præ se ferunt, quam ob caussam & de his separatim monendum fuit: re autem vera non obtinent.

IX. Legimus præterea actionem, Quod metus caussa, in rem scriptam dici. *L. metum autem 9. §. ult. D. Quod met. caus.* Quod itidem mixtum quoddam novum genus actionis videri potest: dici enim potest non esse in personam tantum, cum dicatur etiam in rem scripta. Rursum esse in personam traditur in §. *præterea inf.* Sed cum esse in personam diserte scriptum sit in *eo* §. non dubitabimus, quin ita sit in personam, ut non sit in rem, cum hæc genera opponantur. Idque eo magis dicendum est, quod Iustinianus ibidem ita scribat hanc actionem esse in personam, ut simul separet nominatim ab actionibus in rem, de quibus prius dixerat. Quid est igitur, quod dicitur scripta in rem? Id, quod in perpetuo usu veterum in huiusmodi orationibus animadvertere non est difficile, & est a multis eruditis viris cum hoc loco, tum alibi observatum; cum veteres dicunt actionem, pactionem, legem in rem scriptam aut conceptam esse, non hoc significari

ficari: esse hæc, quæ rem aut possessorem sequantur, quanquam hoc fit interdum: sed hoc exprimi, scripta ista esse & concepta generaliter & indistincte de re solum, de qua agitur, sine designatione ullius personæ ad quam actionis, pactionis, legis verba dirigantur. De actione quod metus caussa sic hoc verbi explicatur in *d. L. metum*, 9. §. 1. & §. *ult.* De pactione in *L. iuris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* De lege & edicto in *L. hæc autem* §. *ult.* *D. quib. ex causs. in poss. eat.* Nec aliud significatur de interdictis, cum in *L.* 1. §. *ult.* *D. de interd.* ita scribitur; *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta: vi tamen ipsa personalia esse.* Hoc enim est, interdicta omnia adversus certam personam dirigi, eam videlicet, cum qua interdicto agitur: etsi verbis generalibus sine expressione ullius personæ concepta sint; ut, in loco sacro facere, inve eum immittere quid veto. *L.* 1. *D. ne quid in loc. sa.* Dicitur ergo actio, Quod metus caussa in rem scripta, quia simpliciter proposita est edicto in quadruplum de re vi extorta, ni restituatur, nec adiicitur a quo metus sit adhibitus: ut intelligatur etiam si quis metum non intulit, si ad eum pervenit, quod extortum est, cum eo agi posse, ut nisi restituat, in quadruplum condemnetur. *d. L. metum*, 9. §. 1. *L. item si.* §. 1. & §. *in hac actione*, *D. quod met. caus.* Quod quidem non facit, quominus sit tota in personam, nec quidquam cum actione in rem commune habeat. Hic enim nascitur actio non ex re possessa, sed ex delicto personæ; quæ si metum non intulit; at ab alio illatum probat, dum rem metu extortam metum passo non restituit: quod pro delicto a prætore habetur, vis coercendæ caussa, & eius quod metu gestum est, rescindendi. Recta igitur huius loci divisio in genera duo hic proposita, ut & duo sint distincta revera, nec plura quam hæc duo.

X. *Aut enim in rem sunt, aut in personam.* Ut prius numerus generum huius divisionis revocabatur in dubium: sic nunc generibus appellatis unius generis significatio & res ipsa, nimirum actionis in rem. Nam de actione in personam non dubitatur; quid vocemus in personam, & quam recte vocemus ex natura rei. Omnes enim intelligunt *in* particulam hic significare adversus: ut sit *in personam* idem quod adversus personam. Quod & ipsum definitione rei convenit: definitur enim esse actio, qua cum eo agimus, qui nobis est obligatus, & quæ semper adversus eum locum habeat. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* At de actione in rem utramque vocatur in quæstionem, & quid significetur his verbis; & quam recte ulla dicatur in rem, aut etiam ab actione in personam distinguatur. Ac prius de significatione verbi constare oportet. Est autem hic dubitatio ex eo, quod non videtur convenire particulam *in* similiter hic accipi pro adversus: absurde enim dici ullam actionem esse adversus rem: cum, ut supra dixi, nulla nobis sit lis aut esse possit cum re, sed cum persona: nullum iudicium adversus aliquem, nisi eum qui nobis adversetur; res autem non adversetur, sed persona. Denique cum hæc ipsa actio dicatur in definitione esse non adversus rem, sed nominatim semper adversus rei possessorem: hoc autem æque in personam. Et si aliud commode significari posset, id sumeremus, ut in verbo ambiguo careret interpretatio vitio iuxta præceptum *L. in ambigua*. *D. de legi.* sed aliud non potest. Animadverto quidem in huiusmodi orationibus particulam *in* sæpe aliter accipi a latinis, & nostris, quam pro *adversus*. Interdum pro *ad:* ut cum dicunt actionem scriptam esse in rem: pactionem esse in rem. Ubi intelligitur, ut dixi, actionem & pactionem verbis legis aut paciscentium relatam esse ad rem solum, non ad personam *L.* 9. §. *metum*. & §. *ult.* *D. Quod met. caus.* *L. iuris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* Nonnunquam pro *iuxta* & *secundum*: ut, cum dicitur actio esse in factum. *L. actionum*, §. 1. *D. de ob. & act.* *L.* 1. *L. quia D. de præs. verb.* ubi intelligendum est actionem dari non adversus factum (ut enim scripsi in commentario de præscriptis verbis, omnis actio in personam ex facto est, adversus personam, non adversus factum: alioqui etiam omnes actiones ex maleficio sint in factum) sed iuxta seu secundum id quod factum est, conceptam & compositam actionem. Potest etiam intelligi actio constans verbis ad id quod factum est collatis. Sed nihil horum in actione in rem licet intelligere. Non enim magis hæc confertur ad rem certam consequendam, quam in personam actio: nec magis iuxta rem de qua agitur, instituitur illa quam altera: communia hæc utriusque actionis. Quapropter non relinquitur aliud, quam ut particulam *in* accipiamus in utraque actione pro *adversus*, sitque hic divisionis sensus, omnes actiones aut adversus rem esse, aut adversus personam.

Et certe nisi hæc particula idem in utroque genere significat, non recte genera inter se tanquam contraria opponuntur, fitque maxime vitiosa divisio, quæ potest hoc modo ad unum genus revocari. Nam admissa diversa huius particulæ significatione, nihil prohibet, quominus utraque in uno & eodem genere locum habeat. Exempli gratia, ex empto actio erit in personam venditoris, quia est adversus venditorem: eadem tamen in rem, id est, secundum, aut ad rem venditam quæ petitur: ut fit eadem & in rem & in personam, si diversas has significationes in his appellationibus recipimus. Quod est maxime contra sententiam divisionis, quæ duo genera statuit, vel potius est eiusmodi, quod divisionem evertat, sublato uno genere, sine quo divisio esse non potuit. Constet hoc igitur divisionis sensum hunc esse, omnes actiones aut adversus rem esse, aut adversus personam. Hoc de verbis. At ex eo incidit dubitatio maior de re ipsa. Sic enim de actione in rem duo hæc statuuntur in hac divisione; primum esse hanc adversus rem petitam; deinde ita in rem, ut non sit in personam: quorum utrumque & natura omnis iudicii, & definitione huius actionis refelli videtur. Omnis actio, & omne iudicium est inter aliquos, non inter unum aliquem, & rem ipsam quæ petitur, ut initio huius §. scriptum est. Omnis actio cum eo cum quo agitur, non cum re de qua agitur, ut postea eodem hoc §. expressum est: estque utrumque notius, quam ut probatione indigeat: quid enim a re petamus, ut præstet, quæ nihil intelligit, nec potest præstare? Quæ potest nobis esse contentio cum re, quæ neque litigat, neque nobis adversatur, utpote nihil intelligens, & muta? Postremo, ut dixi, in *L. actionum de ob. & act.* describitur in rem actio ita, ut dicatur semper esse adversus possessorem. Non ergo adversus rem, quæ est adversus possessorem: & quia adversus possessorem, semper utique in personam, nimirum possessoris.

XI. Sed nihil ex superiore interpretatione in re ipsa non recte, nihil adversus legem rectæ divisionis. Ac primum sciamus nihil dici absurde, cum dicimus actionem in rem esse adversus rem, quæ possidetur. Quia hoc dicitur maxime ex sensu & usu veterum, qui in actionibus, quæ sequuntur rem aliquam, & propter rei possessionem dantur, dicunt res ipsas non personas conveniri: sic enim de hoc genere scriptum legimus diserte in *L. Imperatores. D. de public.* Et quid est quæso, conveniri aliquem aliqua actione, nisi actionem adversus eum dari? *L. 1. D. de ed. L. si fideiussor. D. mand.* Conveniri igitur rem qui dicit, hoc ipsum dicit actionem in eam rem, seu adversus eam rem dari. At ante probavimus non posse cum re petita, aut adversus rem ullam actionem consistere, frustraque & inepte rem conveniri, ut quid præstet, quæ nec audire, nec intelligere, quod petitur, nec præstare potest. Ita est; non potest adversus rem esse actio natura: possessorem ipsum conveniri natura oportet, eoque & actio in rem esse dicitur adversus possessorem. Sed iuris interpretatione in hac actione cum re agi intelligitur, cum agitur cum possessore. Est enim actio adversus possessorem: sed propter rem quam possidet & defendit, ut in possessoris persona magis intelligatur res conveniri, quæ huic conventioni caussam & originem dedit. At certe quia hoc modo in rem actio possessorem semper desiderat, adversus quem agatur, exerceaturque hæc conventio; ideo hactenus verum est semper esse in personam, quia semper adversus personam possessoris. Negari id non potest; sed non æstimatur, quia accidit per consequentiam rei possessæ, non principaliter. Nos autem ex eo quod fit principaliter res æstimamus, non ex eo quod per consequentiam; ex caussa & origine, non ex eo quod inde sequitur. *L. 1. D. de auct. tut. L. si procuratorem*, §. in pr. *D. man.* Atque id ita fieri in hac actione ex eo potest intelligi, quod alibi dicitur, vindicationem quæ in rem actio est, rem sequi, non personam obligare. *L. ult. C. si un. ex plu. ser. cer.* Atqui sequitur possessorem; alioqui non diceretur adversus possessorem esse; sed sequitur propter rem: hanc autem principaliter; ideo magis hanc sequi dicitur, quam personam. Id autem natura actionis declarat: nam si quis rem nostram possidet, tenetur nobis actione in rem: sed tamdiu, quandiu possidet: Quod si sine dolo malo desierit possidere, iam amplius non tenetur: Ut appareat, quod possessor tenetur, caussam esse in re possessa, non in persona: cum possessoris eadem persona futura sit, etsi possidere desierit. De quo mox in descriptione huius actionis.

XII. Non sic actio in personam; quæ ita est adversus personam obligati, ut sit propter personam ipsam, quia talis est, id est, quia obligata est; non propter rem, quæ debetur: hanc enim sive habet qui obligatus est, sive non habet, utrobique pari-

pariter tenetur: & solus, non alius ad quem forte res debita postea pervenerit. Sit exempli gratia venditor, qui mihi vendiderit ædes. Hinc mihi actio ex empto, ut ædes tradat. *L. ex empto, D. de act. em.* actio in personam, quia ex contractu, ut mox definitur. Sic ille hac actione mihi tenetur, ut teneatur, sive ædes habeat, sive non habeat; sive possideat, sive non possideat: quia non ideo tenetur, quod ædes habet; sed quia est obligatus ad tradendum: quæ obligatio est in persona: eadem semper futura, etsi rem non habuerit. Et ut certius liqueat, hanc actionem personam obligati non egredi, rem non sequi: si venditor eas ædes vendiderit alii postea & tradiderit, novus possessor mihi de ea re non tenetur, quia mihi obligatus non est: solus tenetur, qui mihi vendidit; quia mihi fuit obligatus. *L. quoties, C. de rei vind.* Hoc modo cum non sit in personam ea, quæ in rem dicitur; recte hæc genera statuuntur duo, & ita distinguuntur, ut vere dicatur actio in rem non esse in personam, ut nunc in personam intelligi volumus.

XIII. *Namque agit unusquisque.* Descriptio est actionis in personam, qua exprimitur huius ipsius actionis definitio ea, quæ traditur in *L. actionum, D. de ob. & act.* ut sit actio in personam, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: & semper adversus eum locum habet. Definitio declarans, & cui detur hæc actio, & adversus quem, & in universum quid petat. Datur ei, qui alium obligatum habet. Datur in eum, qui obligatus est. Petit, quod nobis ex obligatione dandum aut faciendum est; in summa quod nobis debetur. Unde illa intentio & formula vetus huius actionis propria, Si paret Mævium Titio dare facere oportere, quæ indicatur in *§. sic itaque, inf.* & ad quam allusum videtur hoc loco. Ex his intelligitur unicam huius actionis caussam esse obligationem, inter quos ea intercedit: caussam ita constitutam, ut adversus omnem, qui iure civili obligatus est, sit in personam actio, de qua constat. *L. naturales. D. de ob. & act. L. licet, §. ea obligatio. D. de proc.* & contra si quis obligatus non est, non sit adversus eum actio in personam. Alioqui non semper esset adversus eum, qui nobis obligatus est, contra quam traditur in *d. L. actionum.*

XIV. Sed hoc posterius dubium facit actio ad exhibendum: quam certum est non dari adversus eum qui nobis sit obligatus, cum sit adversus eum qui possidet aut dolo desiit possidere, quem constat nihil fecisse eorum ex quibus obligatio oritur: & tamen dicitur ab Ulpiano actio esse personalis. *L. 3. §. est autem, D. ad exhib.* Nos teneamus ex suprascripta definitione & caussa, ut actio ad exhibendum non est adversus eum qui nobis sit obligatus; ita nec esse actionem in personam. Quid ergo? in rem videlicet: ut quæ rem sequatur, & propter rem eius rei possessorem, quæ est certa & perpetua actionis in rem nota. *d. L. actionum, de obl. & act. L. ult. C. si unus, ex plur. ser. cred. L. unic. C. de al. iud. mu. caus. fac.* Esse autem adversus eum, qui possidet, aut dolo malo desiit possidere itidem ut rei vindicationem, certi iuris est. *L. 3. L. 5. §. idem, Iulianus, L. thesaurus,* in princ. *D. ad exhib.* At enim personalis est, inquit Ulpianus. Observandum est actionem in personam dici quidem interdum personalem, ut in *L. quanvis, 8. distractis, C. de pig. L. ult. C. de obl. & act.* sed hoc vix usquam alibi, aut si usquam, certe raro, & inusitate. Sic autem solere loqui veteres in usu iuris, ut actiones in personam dicant, quæ sunt adversus personam. Personale autem id, quod personæ cohæret, ut constitutiones personales, beneficium personale, servitutem personalem. *L. 1. de const. prin. L. quia, D. sol. mat. L. non solum, §. tale, D. de lib. leg.* Talis est actio ad exhibendum: quæ ei cuius interest rem exhiberi, competens, & competens adversus eum qui possidet, horum personæ plane cohæret, nec ad heredes, aut in heredes transit. Nam heres actoris non quasi heres, sed suo nomine, si quid eius intersit, hac actione uti potest. Et heres possessoris non nisi suo nomine tenetur, si vel possidet, vel dolo fecit quo minus possideret. *L. de eo. §. ult. D. ad exh.* Quo minus autem dubitetur hoc a nobis ita recte dici, faciet *L. his solis. C. de revoc. don.* ubi isto ipso modo actio quæ matri datur adversus ingratos liberos ad revocandam donationem, dicitur personalis actio tantum hoe nomine, quod vindicationis habeat effectum, & adiicitur explicatio, cur vindicatio, aut quæ huius vim habet, sit personalis, quia ita sit actio, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Quod plane in actione ad exhibendum accidit; ut merito eodem isto sensu dicatur personalis. Hoc quidem melius est ita accipi, quam dici esse actionem in personam adversus superiorem definitionem & iuris certi regulas.

gulas. Eſt ergo, ut eo redeam, una actionis in perſonam cauſa, obligatio. Ex quo ad conſtituendam hanc actionem adverſus aliquem ante omnia & ſolum quærendum eſt, quis ſit nobis obligatus. Id breviter attingit Iuſtinianus, & indicat ex cauſis obligationis. Hæ ſunt quatuor. Oritur enim omnis obligatio aut ex contractu, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio, nt plenius traditur in *§. ult. de obl. ſupra*. Id autem eſt, quod hic intelligi voluit, cum ait hac actione agi cum eo, qui obligatus eſt vel ex contractu, vel ex maleficio, & addit in extremo, *& aliis quibuſdam modis:* bis verbis notans ſuperiores obligationum cauſas, & per alios quoſdam modos id exprimens, quod Caius in *L.* 1. in princ. *D. de obl. & act.* præter contractum, & maleficium, ſcriblt obligationes naſci *proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris*. Eas autem cauſas, & modos ipſe ſuperiore illo loco interpretatur quaſi contractus, & quaſi maleficia. Nec contextus ullo modo refragatur, quo minus ita interpretemur hæc verba *& aliis quibuſdam modis*. Aut enim coniungenda ſunt cum illis verbis vel ex contractu, vel ex maleficio, & quæ interpoſita ſunt, legenda per parenthesin (quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas quis intendit adverſarium ei dare aut facere oportere) ut intelligamus non ſolum hoc caſu utroque ſuperiore proditas eſſe actiones in perſonam: ſed & aliis quibuſdam modis obligationum contrahendarum, ſeu ex quibus quia nobis obligatur: aut uno contextu proximis ſunt annectenda. Sunt qui proxime præcedentibus connectentes, referant ad eum qui intendit, & ita interpretentnr: per quas intendit hoc modo, adverſarium nimirum ſibi dare aut facere oportere, & intendit aliis quibuſdam modis. Inter quos & Theophilus auctor videri poteſt: neque enim ſatis diſerte de eo loquitur. Quod mihi hoc loco non videtur defendi poſſe.

XV. Aut enim hi alii modi agendi in actione in perſonam nulli ſunt, aut unus tantum, aut certe ſunt infiniti; eoque nunquam alii quidam, ut hic ſcriptum eſt. Etenim aut volumus Iuſtinianum ſuperioribus verbis ſolum indicaſſe intentionem actionis propriam extra formulam: aut exprimere voluiſſe veterem formulam agendi. Si intentionem tantum actioni convenientem, ut verba oſtendunt: non poteſt dici aliis modis agi aut intendi in actionibus in perſonam: immo ne alio quidem modo licet uno: quoniam in hoc genere nunquam quiſquam alia intentione utitur, quam ut petat eodem modo, quo obligatione comprehenſum eſt. *§. huic autem*, verſ. *qua de cauſa infra eod.* proinde ut quid fiat aut detur; in quibus omnium obligationum ſubſtantia conſiſtit. *L. 3. D. de obl. & act.* Quod si volumus verba de vetere formula accipienda eſſe; primum verba id non ſignificant, cum vetus formula actionis hæc ſuerit, Si paret illum dare facere oportere, de quo in *§. ſic itaque, inf. eod.* quibus verbis nunc Iuſtinianus non utitur. Deinde etsi præceſſiſſet formula vetus; tamen ne sic quidem recte dici poſſet intendi & aliis quibuſdam modis, ut ſignificaretur agendi modus, quem illi volunt, a Conſtantino & Theodoſio inductus, ut ſublatis actionum formulis & impetrationibus ſatis eſſet ad rectam intentionem, si aptam rei & propoſito negotio competentem eam eſſe conſtiterit. *L. 1. L. 2. C. de for. & imp. act. ſub.* Nam si aptitudinem & convenientiam agendi ſpectamus, hic modus unus eſt. Una enim aptitudo & convenientia exigitur in omnibus. Sin ſpectamus negotia ſingula, & pro ſingulorum natura modos agendi fingimus; modi alii agendi ſunt infiniti, ita ut dixi, nunquam alii quidam modi, ut hic ſcriptum eſt. Teneamus igitur alios modos hic accipi debere, non modos agendi aut intendendi in actione in perſonam: ſed aut obligandi, aut ex quibus agitur, & proditæ ſunt actiones. De poſteriore hac ſententia non dubitatur, quin per ſe veriſſima ſit, & certi iuris: cum autem verbis optime conveniat, nihil eſt, quod ei ſententiæ poſſit obſtare. Prior illa aut falſa eſt, aut certe parum liquet.

XVI. *Aut cum eo agit*. Deſcriptio eſt actionis in rem, qua adiuncto exemplo rurſum exprimitur actionis ea definitio, quæ traditur in *d. L. actionum, D. de obl. & act.* ut ſit actio in rem ea, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſt, qui rem poſſidet. Ex qua intelligimus eadem illa, & cui detur, & adverſus quem, & in ſumma quid petat. De quibus quia iuſtæ incidunt dubitationes nonnullæ cum ex re, tum maxime ex hoc loco; dicam breviter de ſingulis eodem ordine: ſic tamen ut omnia potiſſimum accommodentur ad explicationem huius loci, cui ſerviunt. Ergo cum quæritur cui & adverſus quem competat in rem actio: animadvertendum eſt ut in actione in perſonam, id ſtatui ex cauſſa, ex qua

hæc

Digitized by Google

hæc quoque actio constituta est, sed in caussis hoc inter hanc actionem & superiorem interesse, quod actionis in personam una caussa est communis, obligatio: actionis autem in rem caussæ duæ, quas concurrere oporteat ad agendum; unam in persona agentis, dominium: alteram in persona eius cum quo agitur, possessionem. In persona agentis est, ut qui agit, rem suam esse affirmet, ut hic scriptum est: ut autem comprehensum est superiore definitione, ut petat rem suam: in summa, ut rei petitæ sit Dominus, & se talem esse intendat: id enim est, quod alibi dicitur, in rem actionem competere ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit. *L. in rem, D. de rei vind.* Cæterum dum quis petat rem suam; & hic & superioribus locis expressum est sufficere ad ius agentis, ut sit in rem actio: ut efficiatur actionem in rem non alii dari, quam domino, seu rem suam petenti: & retro omni qui rem suam petat, hanc actionem competere. Utrumque quatenus verum sit, videamus.

XVII. Et prius illud, quo exigimus, ut res sit actoris, de quibus actionibus accipiendum sit, paulo post declarat Iustinianus in §. *sed istæ:* docet autem ad actiones in rem civiles tantum pertinere: alias enim esse prætorias & ipsas in rem, easque complures, quæ aliis proditæ sint, quam rem suam vindicantibus: de quibus suo loco. Unde intelligemus etiam illud quod generaliter dictum videtur, in rem actionem competere ei, qui aliquo iure dominium acquisivit, de hoc genere actionum in rem civilium dictum esse. Nec mirum, si hic nihil adiectum est discretionis causa. Nam hæ solæ proprie sunt in rem actiones, quæ sunt civiles, quippe directæ: prætoriæ autem magis utiles, ut dicetur ad §. *namque, infra.* Alterum autem illud, quo actionem in rem damus omni, qui rem suam petit, ex definitione superiore perpetuum est: ex hoc loco incidit in quæstionem. Scribit enim Iustinianus in rem actionem esse, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet: de re corporali loquitur. Quid ergo, si quis rem incorporalem suam petat, veluti servitutem iure sibi constitutam, in rem actio non erit? Immo erit, quamcumque rem suam quis petat.

XVIII. Ac de rebus incorporalibus, puta servitutibus, etiam actionem in rem esse diserte scriptum est in §. *æque,* seq. Quod si de his in rem actio, etiam vindicatio: cum omnis in rem actio, vindicatio appelletur. §. *appellamus, infr. d. L. actionum, de obl. & act.* quanquam quid opus est verbis: cum tot locis diserte dicantur servitutes vindicari? *ut tit. si servit. vindic. L. 2. §. 1. eod. tit. L. pen. §. 1. D. si usufr. pet.* Hoc eo dicimus, quod Accursius hoc loco exponens, cur Iustinianus dixerit rem corporalem, hanc rationem reddit, quod incorporalia non vindicentur: idque probat scilicet exemplo peculii, cuius vindicationem non esse traditur in *L. vindicatio. D. de rei vind.* Nos contra sciamus ex his quæ diximus, & de rebus incorporalibus nostris æque actionem in rem esse, & quod idem est, vindicationem. Ad quod negandum non recte motus est peculii exemplo.

XIX. *Vindicatio,* inquit Iulianus, *non ut gregis ita & peculii recepta est: sed res singulas is cui legatum peculium est, petet,* d. *L. vindicatio.* Non utique quia peculium sit res incorporalis; fieri enim potest, ut omnia quæ sunt in peculio, sint corporalia: sed eo omnino, quod rei vindicatio non est nisi de una re, & certa, eaque nostra. *L. si in rem. D. de rei vind.* aut ita de pluribus diversis, ut omnes iunctæ uni corpori ex pluribus distantibus constanti sint subiectæ; ut si grex petatur. *L. 1. §. ult. L. 2. D. eod.* Peculium non est huiusmodi: cum enim in peculio res omnes esse possint, mobiles & immobiles, corporales, & nomina: *L. quam Tuberonis, §. ult D. de pec.* ex rebus tam inter se dissimilibus corpus unum confici non potest. Et ut posset; non tamen eiusmodi, in quo omnes partes eius corporis possint esse nostræ, & eodem iure contineri: cum possint aliæ res esse servi, quatenus peculium dicitur patrimonium servi; §. *actiones autem, infra eod.* aliæ illi pigneratæ, aliæ commodatæ, aliæ in nominibus: quæ cum omnes tam vario iure habeantur, omnino singulas propria actione peti necesse est. Quid est ergo, quod Iustinianus hic rem corporalem nominavit? Dici poterat eum exempli loco nominasse: ait enim, veluti si rem corporalem possideat quis. Sed verius est eum consulto posuisse, quo corporales res ab incorporalibus distingueret: de incorporalibus enim subiicit postea in §. *æque:* verum non ita, ut de incorporalibus rebus negaret esse actionem in rem, quam postea tam diserte statuit; sed quia, ut apparet, hoc illi propositum erat de actionibus in rem, quæ de rebus corporalibus competant, prius dicere, deinde separatim de actionibus

rerum

rerum incorporalium. Cui ordini instituto serviens prius nominat res corporales, ut prius de his dicturus, ex quo deinde perveniat ad incorporales. Ad ordinem igitur institutum scribendi, non ad res in hoc genere distinguendas hæc adiectio pertinet. At supra retulimus hanc definitionem ex *L. in rem, D. de rei vind.* in rem actionem competere ei, qui rei dominium acquisivit. Quid ergo, dominium. servitutis dicitur? Sane vero dicitur a veteribus, ut *L. 3. D. si ususf. pet. L. semper*, §. *hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Non quidem proprie: sed nihil vetat ut in his quatenus illis utimur, possessionem & traditionem dicimus exemplo rerum corporalium: *L. ult. D. de serv.* sic & in iisdem quatenus nostræ sunt, eodem exemplo dominium intelligi. Certe æque iure civili nostræ sunt, atque res corporales, quæ sunt dominii nostri: absurdum igitur & de his eandem actionem civilem non dari.

XX. In persona eius, cum quo in rem agitur, hoc spectatur, ut rem possideat: atque adeo dicitur hæc actio semper adversus eum esse qui rem possidet, *d. L. actionum, de obl. & act.* Unde intelligendum est, quod hic proponitur quis rem possidere, non exempli tantum caussa dictum esse, etsi Iustinianus utitur particula *veluti*, ad id proponendum: sed ita additum, quia ad potestatem hac actione agendi necessario pertinebat. Quod dicitur in rem actio esse adversus eum qui possidet; manifestam sententiam habet, ut hac actione teneatur omnis velit nolit qui possidet. *L. 1. C. ubi in rem actio.* Quod dicitur esse semper; hoc amplius significat, non esse adversus alios, & si quis non possidet, eum hac actione non teneri: nam si aliquando posset esse adversus alium, verum non esset semper eam esse adversus possessorem. Hinc illud præceptum *L. officium*, in pr. *D. de rei vind.* officium iudicis esse in hac actione, ut inspiciat, an reus possideat. Verum utrumque: sed quatenus verum, cautione indiget.

XXI. Positum est autem in eo, ut sciatur, quem hic possessorem accipere debeamus. Et sciendum est in eo proprietate verbi nos non uti, sed paulo latius quosdam hoc verbo contineri, etiam qui vere possessores non sint. Proprie is solus possidere dicitur in usu iuris, qui rem affectu dominantis tenet, ut Theophilus recte definit in §. *idem placet, supra, per quas pers. nob. acq.* idque ex eo ipso loco. Quod partibus definitionis ex iure certo petitis, fiet certius. Nempe hoc declarat definitio, ad possessionem duas has res esse necessarias, detentionem rei, & rem pro domino habendi affectum. Recte utrumque. Nam si quis rem tenet, sive is nunquam tenuit, sive cum cœpisset tenere & possidere, amisit possessionem, certum est hunc non possidere. *L. 3.* in pr. §. *Neratius*, §. *Nerva, D. de acq. pos.* Sed etsi quis rem tenet iusta ex caussa; non tamen ut suam, sed ut alienam, non possidet; ut fructuarius, *d.* §. *idem placet*, ut colonus. *L. non solum*, §. 1. in fin. *D. de usuc.* Quare si proprietatem verbi & veritatem rei hic sequimur: nec qui rem tenent, non etiam possident, hac actione tenentur: & multo minus, qui cum tenuissent, amiserunt rei detentionem, etiam si prius vere & civiliter possedissent. Quorum utrumque secus est. Hoc est igitur, quod hic de verbo possessoris præcipiendum est, hoc verbo in hac actione quatuor genera reorum contineri, adversus quos iure fit in rem actio. Primum veros illos possessores, qui rem affectu domini possident: quod dubitationem non habet, cum proprie dicantur possessores: unde sæpe, quod possessoribus rerum lege tribuitur, ita istis tribuitur, ut cum aliis denegetur omnibus alienas res quanvis inste tenentibus, tamen in veris istis semper locum habeat: ut in usucapione, quæ tribuitur recte possidenti, *d.* §. *idem placet, supra per quas pers.* Ut in remissione satisdationis iudicio sisti, quæ data est olim rerum immobilium possessoribus. *L. sciendum, D. qui sat. cog.* Nec intererit, utrum quis ex his possessoribus rem possideat animo & corpore, an vero animo dumtaxat; ut fit, cum aut possidet per alios, aut corpore digressus a fundo possessionem animo retinet: utroque enim modo pariter iure possidet. §. *possidere. infra de interd.* sed & habet restituendi facultatem, qui reversus, nisi vi prohibeatur, potest corpore recipere possessionem, quam restituat. *L. clam*, in fin. *L. si id quod*, §. *quod autem, D. de acq. pos.* Hæc autem facultas restituendi in hoc iudicio solum quæritur, ut dicetur in petitione huius actionis. Atque hinc etiam acceptum secundum genus possessorum. Placuit enim possessorem hic intelligi omnem, qui tenet; ut quisquis tenet, quia habet restituendi facultatem, ab eo res peti possit: puta ab eo, apud quem res deposita est, vel commodata, & similibus. Sic enim affirmative legitur Pandect. Flor. in *L. officium*, in fin. *D.*

de

de rei vind. Et recte. Id enim contextui convenit. Prius relata erat sententia Pegasi ex proprietate verbi id negantis. Ulpianus per adversativam affirmat. Efficitur autem perspicua ratione. Nam si verus possessor, qui plus iuris habet ad rem tenendam, tamen vindicatione tenetur; multo certe æquius est teneri eum, qui minus iuris habet ad eam detentionem. In re quidem dubia verbis legis standum est, nec a significatione, id est, proprietate recedendum. Sed in re dubia inquam: non etiam cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L.* 1. *§. licet*, versic. *in re*, *D. de exercit. L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Manifestum est autem, cum lex actionem in rem dat adversus possessorem, eam de eo qui tenet sentire; quoniam dat in hoc, ut rem restituat: quæ facultas non minus in eo est, qui rem tenet, æquitas autem ad eum ad restitutionem cogendum maior. Unde evenit, ut sæpe qui agit, idem & dominus sit, & vere possideat; & tamen nihilominus recte agat adversus eum qui tenet solum, & habet restituendi facultatem; ut cum dominus rem vindicat a colono; de quo postea ad illa verba: *Ei vero qui possidet*. Hoc amplius & qui omnino rem non tenent nec animo nec corpore, hoc verbo continentur, si cum prius possiderent, dolo desierint possidere. Tenentur & hi in rem actione non minus. *L. qui petitoria*, *D. de rei vind. L. nec ullam*, *§. pen. D. de her pet.* At diximus hanc actionem semper adversus eum esse, qui rem possidet. *d. L. actionum, de obl. & act.* Constat autem eum qui possidere desiit, amplius non possidere, quantumvis desierit dolo. Et non possidet hic quidem re vera, seu natura; sed possidet iuris interpretatione. Sic enim ius dolum accipit in omnibus caussis, ut sit dolus pro possessore; ut qui dolo desiit possidere, pro possessore habeatur. *L. qui dolo*, *L. parem*, *D. de reg. iur.* Hac ipsa de caussa placet & eum teneri rei vindicatione, qui cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret, sic tamen se obtulit rei defensioni, quasi possideret, cum actor ignoraret, & in hoc errore actoris litem cum eo contestatus est. *L. is qui se*, & *L.* seq. *D. de rei vind.* Quippe & hic pro possessore: decepit enim actorem; quæ ratio redditur in *d. L. is qui se*; pro possessore autem dolus est ex regula iuris superiore. *L. qui dolo*, *D. de reg. iur.* Sunt ergo hi in numero possessorum, quos sub hac appellatione actione in rem teneri volumus. Quod si qui sint, qui neque rem teneant, neque dolo desierint tenere, possidere, nec se dolo ut possessores liti obtulerint, hi utique hac actione non tenebuntur. *d. L. qui petitorio*, *de rei vind.* Quæ si ita sunt, apparet hanc actionem ex possessione nasci, si quæritur de eo, cum quo agitur.

XXII. Itaque recte scriptum est in *L. unic. C. de ali. iud. mut. cau. fac.* possessionem parere in rem actionem adversario. Non enim aliud est parere actionem alicui, quam efficere, ut ille actionem habeat. Id quod præstat in hac actione possessio eius, qui cum agitur: quæ facit, ut adversarius eius, id est, actor, possit adversus eum hac actione experiri. Apparet hinc etiam vere dici huius actionis hac parte caussam esse possessionem. Ea enim caussa est efficiens cuiusque actionis, qua posita, sequitur actio: detracta, actio definit. Quod hic accidit ex possessione: hac enim posita tenetur reus qui rem nostram possidet. Simul atque desiit possidere, si quidem sine dolo, amplius non tenetur.

XXIII. Atque hoc rursum si ita est, intelligitur quam vere hic dictum sit a Iustiniano, hac actione agi cum eo, qui nullo iure nobis obligatus est. Efficitur enim ex superiore. Nam si possessor rei nostræ ob possessionem solum nobis tenetur: hac sine dolo amissa sua sponte desinit teneri, ut dixi. Non ergo ante possessionem quidem fuit obligatus; alioqui non liberaretur ullo facto suo, nisi rei possessæ restitutione. Is enim obligatus intelligitur, qui vinculo iuris ita obstrictus est ad aliquid præstandum, ut non liberetur nisi rei debitæ, & ad quam tenebatur, solutione, ut est definitio obligationis. *de obl.* in princ. *supra*. Aliud est igitur teneri, aliud obligatum esse. Quisquis obligatus est, tenetur actione; At non quisquis tenetur aliqua actione, idem est obligatus: *ut teneri* generis nomen sit; *obligatum esse* speciei. Is potest teneri actione, qui tamen facto suo liberari potest: ut possessor rei vindicatione, qua prius tenebatur, si possessionem sine dolo malo suo amiserit. Ut pater aut dominus actione de peculio, si quid in peculio sine dolo malo habere desinant. *L. summa*, *D. de pecul.* Quæ res ostendit, ita ob præsentem possessionem illos aliquando cœpisse teneri, ut tamen propter eam non fuerint obligati. Non obligatur quisquam, nisi qui ita tenetur, ut ex quo teneri

teneri cœpit ad aliquid præstandum, non possit ullo facto suo quamvis minime fraudulento eam præstationem evitare.

XXIV. Petitio huius actionis propria quæ sit, indicat superior illa definitio actionis in rem: per hanc, inquit Ulpianus, rem nostram petimus. *d. L. actionum, D. de obl. & act.* Ita prius actor rem suam esse intendit, quæ ab alio possidetur: Unde intentio huius loci, quam Titius suam esse affirmet, sic deinde eam rem petit. Petere rem suam, non est petere, ut res nostra nobis detur: quod enim nostrum est, amplius nostrum fieri, eoque & nobis dari amplius non potest. *§. sic itaque, infra eod.* Sed est petere, ut res nostra nobis restituatur. Hinc officium iudicis in hac actione ad hanc intentionem & petitionem accommodatum: quod constat his partibus, si quidem intentio vera est. Primum de dominio pronuntiat: & rem petitam non facit eius qui egit, quoniam ante fuit eius, sed eius esse sententia sua declarat. *L. ex diverso, §. 1. de rei vind. L. sicut §. sed si quæritur, D. si ser. vind.* Secundo loco iubet rem restitui cum fructibus, omnique caussa, *L. officium, L. ex diverso, §. 1. L. præterea, D. de rei vind.* Estque hic iussus, non tam sententia, quam arbitrium iudicis & velut interlocutio, quam deinde sententia sequatur. Nam si restituere iussus iudici non paret; hic demum tertio loco sequitur illa sententia iudicis, qua condemnatur reus quanti ea res erit iureiurando actoris æstimata, si quidem dolo malo eius factum est, quominus restitueret: aut si sine dolo eius, quanti vere res est, id est, quanti actoris interfuit. *L. qui restituere, D. de rei vind.* de quo plura postea ad *§. præterea, infra.*

XXV. *Possessor autem dominum eius se esse dicat.* De actione in rem, eoque & de actore eius actionis superiora: uti de actione nunc solum agitur. De defensione tamen possessoris interseritur obiter hæc particula: quæ quia incertum facit, an huiusmodi aliquid pro natura actionis dicere possessor debeat, paucis attingenda est. Teneamus vero id quod omnes concedunt, exceptis quibusdam qui magno conatu in re aperta litem movent: teneamus hoc, inquam, ad defendendam sibi rei petitæ possessionem non esse necesse possessori contra [1] vindicare, seu dicere dominum se esse eius rei quæ petitur: satis est negare rem esse actoris, idque sive actor non probet rem suam esse, sive probet. Actore quidem non probante, ius certum est reum quamvis nihil ipse præstiterit, obtinere, id est, non cogi possessorem rem restituere, atque ita in suo loco manere possessionem, *L. qui accusare, C. de eden. L. ult. C. de rei vind. §. commodum, infra de interd.* Hoc, inquam, etsi reus nihil præstiterit, ut est in *d. L. qui accusare, C. de eden.* Ergo etsi nulla defensione sit usus, ut se magis dominum esse diceret: hoc enim facere, aliquid præstare est. Ergo etsi dixerit, tamen eius rei probationem nullam implere cogitur. Et quid attinet exigere a reo, ut dicat, quod non cogitur probare, & quo non probato nihilominus obtineat? sic enim nihil profuerit actori reum id dixisse. Nunc autem actoris caussa id exigitur, si exigatur, ne reus absque eo ut superius illud dicat, absolvatur. Sed hoc facilius quis admittit, si actor non probet se esse dominum. At quid si probet rem suam fuisse: puta se recte emisse ab eo, a quo oportet,

1) Consentit Hot. *ad §. 1. I. de act. sub fin.* & Mudæ. *ibidem* versic. *vel cum eo agit*, n. 60. qui antiquarum formularum reliquias latere in *d. §. 1.* scribunt, sed posteriores Iurisconsultos, defensionem in sola negatione posuisse, atque hoc esse commodum possessionis. Plane antiquitus, si reus non contradiceret, aut contravindicaret: tanquam ex cessione in iure facta, Prætor continuo secundum petitorem vindicias dabat, eique rem addicebat ita: Quando neque ais, neque negas, illum fundum, præsenti, & vindicanti, addico, Valer. Prob. *in notis* Hortens. ad *d. §. 1.* Cont. 1. *Disput.* 12. Broidæ *Supplem. ad Hist. fori Polletti Lib.* 5. *Cap.* 4. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 11. Quo respiciebat illa formula: Quando te in iure conspicio, postulo, anne fias auctor, id est an periculum iudicii recipias, Hot. 7. *Obs.* 5. Probatio tamen contravindicanti nulla incumbebat, nisi actoris intentione prius impleta, Cont. *d. loc.* Hodie autem satis est, si neget, rem actoris esse (1) per *L. ult. C. hoc t. L.* 42. *de pet. her. L.* 2. *L.* 23. *Cod. de probat.* Hortens. Hot. & Mudæ. *dd. locis.* Quod & pluribus contra Contium *d. C.* 12. adstruit Wesenb. *ad hunc tit. C. n.* 54. (2) Quia nec titulum possessionis dicere, cogitur reus *L.* 11. *C. de probat.* Ergo nec dominium allegare. Fallitur que Contius dum scribit absolvi possessorem non etsi nihil dicat, nulla defensione utatur, sed etsi nihil præstet, id est, probet. Aliud esse, verbotenus, contra vindicare; aliud, probationes dominii exhibere. Nam *d. L.* 11. probat nec dicere, vel allegare eum cogi. Wes. *d. loc.* & *L. ult. C. h. tit.* absolvi quoque eum, quem constat, iniuste possidere, Petr. Barbosa *ad L. si alienam* 11. *ipsi* 12. *D. Sol. matr. n.* 60. Nec verba, *etsi nihil præstat L.* 4. *C. de ed.* ad probationes restringenda. Et quorsum quæso allegatio eius, quod non probandum, & quo non probato, reus æque obtinebit. Quin si dicere non cogitur possessor pro qua parte, res eius sit *L.* 73. *h. t.* utique nec quod tota arg. *L.* 76. *h. t.* Quid, quod absque sua allegatione, reus ea possessione sola præsumitur dominus, per *L.* 15. verbis *in detinendo dominio C. hoc tit. L.* 2. *C. de prob.* Quin necessitate ea contra vindicandi posita, ea simplici iudicio petitorio, constituitur, duplex: ut possessor quoque actor sit, Wes. *d. loc.* Denique etsi palam agnoscat reus, rem suam non esse, caussam possidendi se nullam habere, non tamen inde actor vincit, nec rem suam esse probat, sed manet ea, apud possessorem ea regula, enim cuius non interest, non admitti ad agendum *L.* 1. *C. Sine censu vel reliq.* Vasq. 2. *Ill. Contr.* 85. *n.* 1. Paul. Æmil. *Decis. Rotæ* 31. *P.* 1. Eo ipso enim, quod possidet, potior reus est, ipsique facilior retentio, quam alteri persecutio.

tet, & sibi traditam esse: possessor autem hac probatione cognita probare velit se postea usucapione dominum esse factum: an non saltem in hunc casum necesse est initio litis contestatum esse hanc defensionem, ut se potius dominum esse affirmet? movet, quod cum actor intentionem suam probavit, admittitur quidem contraria rei defensio, sed hac lege, si eius defensionis habita sit initio litis contestatio. *L. præscriptionem*, *L. si quidem*, *C. de exc.* Et ne in eum quidem eventum necesse est possessori [3] initio dicere se contra esse dominum: non quod non debeat deduci in iudicium & litis contestationem ea defensio, qua postea reus uti velit: sed quod satis superiore inficiatione contineatur ea, qua se dominum esse dicit. Nam qui actorem negat esse dominum, idem affirmat eum dominum non esse: atque hac sive negatione sive affirmatione dicit [4] omnia, quibus fit, ne ille sit dominus: sive ideo accidit, quia nunquam ante dominus fuit; sive ideo quod cum fuisset dominus, postea dominium in possessorem est translatum: hoc enim alteri postea quæsito, simul & prior dominus esse desinit: quoniam duorum in solidum dominium esse non potest. *L. 5. §. ult. D. com.* At in vetere formula huius actionis eadem contestatio litis fuit: FUNDUS SABINUS MEUS EST: IMMO MEUS: teste Cicerone in *oratione* pro Muræna. Fuit, & est etiam hoc loco: ut non dubitem hoc ex vetere illo iure hic hæsisse vesti-gium. Sed additio illa, *immo meus*, neque fuit veteribus, neque nunc est possessori necessaria eo, vel ut cogatur possessor idipsum de iure suo probare, actore de suo non probante; vel ut hoc probante possessor ad superioris defensionis probationem admittatur, ut ostendi. Quorsum ergo adiicitur hoc loco, aut in vetere formula usurpata est? ut possessori caveretur haud dubie; non tamen quia necesse esset adiici, sed quia illi honestum, & quia utile. Honestum est, ne videatur rem sibi defendere tantum ob id, quod actor iure agendi deficiatur, non quia ipse ullum ius dominii in re habeat: quod videtur non iuste possessionis habere confessionem. Utile est ad iudicem conciliandum, ut de caussa possessoris melius sentiat, atque ita ei faveat. iis enim solemus favere, de quibus bene existimamus: aversi contra esse ab iis, de quibus male. Sane si velit possessor non absolvi tantum, sed de se quoque [5] pronuntiari se esse dominum: rectius faciet, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet. Nam si negaverit tantum adversarium dominum esse, non videtur iudex aliud pronuntiare posse pro reo, quam hoc ipsum: ut in omni iudicio ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. *L. ut fundus. D. com. divi.* Nec multum profuerit possessori, si ad istam inficiationem probandam postea se ipsum dominum esse ostenderit. Nam cum eo tantum retulerit hanc probatio-

3) Et ita exceptio dominii quandocunque ante sententiam opponi potest ad hoc ut reus absolvatur arg. eorum quæ habet Petr. Barbosa *ad L. si alienam 11. ipsi 12. Sol. matr. n. 22. & seqq.* Ad hoc autem, ut super dominio rei feratur sententia, non item, cum sententia petitioni conformis esse debeat, nec illa, post litem contestatam mutari possit. Facit *L. 9. C. de præs. long. temp.*

4) Unde efficitur, etsi alias exceptio de iure tertii, a quo reus nullum ius, vel caussam habet, non audiatur *L. 4. §. 7. Si ser. vind.* Wes. *Cons. 15. n. 97.* Monter. a Cueva. *Decis. 42. n.* 88. Tessaur. *Decis. 4. n. 1.* hic tamen exceptio de dominio tertii efficax, per *L. ult. Cod. hoc tit. L. 6.* iunct. *gl. v. apparuit C. de ser. fugit.* Quia hæc perimit ius agentis, actorem in totum a sua petitione excludit, ac in effectu concludit, illum sine actione agere, Tessaur. *d. Decis. 4. n. 1.* Ioan. Petr. Surd. *Decis. 144. n. 29.* Petr. Barbosa ad *L. si alienam 11.* ipsi 12. *D. Sol. matr. n. 4 & 5. ac n. 51.* ubi docet, eum quoque sic recte excipere, qui caussam a vindicante habet, & *n.* 52. etiam eum, qui possessione spoliavit petitorem. Ibidemque *n. 57. & seqq.* tractat, an de utili quoque dominio tertii, vindicanti domino directo opponi exceptio possit. Ac quod admittenda hæc exceptio, etiam post litem contestatam, Tessaur. *d. Decis. 4. n. 8.* quia non tam fit de iure tertii, quam de non iure agentis. Quare impleta intentione actoris, hoc probandum suscipere reus poterit. Quin nec omnino necesse est, ut postquam actor probavit, ex. gr. se emisse a domino, reus, ut contra probando doceat se, vel alium dominum esse, forte, quia usucepерit, sed & si alia ratione probationes eius elidat, obtinebit: Veluti si obiiciat actori, quod sit incapax eius rei, qui conditione personæ dominus esse nequeat, ex. gr. si servum petenti obiiciatur, quod sit Iudæus, mancipium autem Christianum &c.

5) Defensio, quæ in sola inficiatione dominii actoris, parit reo solam absolutoriam *L. ult. C. h. t.* & quæ in contra vindicatione, efficit, ut res una eius esse declaretur, Mudæ. *in §. 1. I. de act. n.* 61. Itaque maioris auctoritatis est pronunciatum, rem esse rei conventi, quam simplex absolutio, Coler. *Cons. 30. n.* 77. Hæc enim, ipsi quidem reo proficit, quousque possidet, ut habeat exceptionem rei iudicatæ contra actorem. Ast, si possessione cecidit, etsi ea ad petitorem pervenerit, nulla sic absoluto contra hunc actio, nec in rem, per *L. 11. pr. de furti.* nec Publiciana arg. *L. 7. §. 7. de Publ.* iunct. *L. 2. de furti.* Neque enim, ex titulo sententiæ, rem tenet, iure dominii, vel quasi; nec aliquod ius in re ei sententia tribuit, quia non pronunciatum ideo est, rem suam esse; scite Wes. *ad h. t. n.* 47. Quando autem, contra vindicando, reus suam esse probavit, non simpliciter tantum absolvendus, sed & ipse dominus declarandus. *L. 14. D. de probat. Cap. cum caussa extr. de sent. & re iud.* Hartm. *Tit.* 45 *Obs.* 2. Eoque ipso una iudicatum, rem actoris non esse, *L. 40. § 2. de Procur. L. 15. de exc. rei iud.* per regulam Res duorum insolidum esse nequit. Quare hæc sententia, si possessionem amiserit, contra actorem eiusque heredes ad agendum etiam prodest, cum sententia inter eos, ius fecerit, Wes. *ad d. t. C. n.* 57. add. idem *Cons. 6. n. 62. & seq.* ut Coler. *Cons. 30 n.* 77. Unde apparet, reum, cui probatio dominii sui expedita, non frustra fiducia sui iuris, eam in se recipere iuxta *d. L. 14. de probat.*

Digitized by Google

bationem, ut efficeret actorem dominum non esse; semper huc res redit; ut ea probatione confirmet id solum, quod in iudicium deductum est; non ut rem novam in iudicium deducat. Iam autem dixi ultra id quod in iudicium deductum est, excedere non posse potestatem iudicis. Et ut vellet novam intentionem deducere, dubitari potest, num posset; cum ne exceptio quidem admittatur postea, nisi quæ initio litis contestata est, *d. L. siquidem. L. præscriptionem, C. de exc.* Et certe in specie *L. circa, D. de prob.* is qui ex possessione ingenuitatis dicebatur esse libertus, auditur quidem probationes de ingenuitate suscipiens, & sententia iudicis cum probaverit, pronuntiatur ingenuus: sed cum ab initio non negaret tantum actorem patronum suum esse, sed diceret se esse ingenuum. Et hoc ab initio intendi, ac contra vindicari tutius ab omni eo, qui rem suam esse volet pronuntiari. Itaque hoc casu contra vindicare necesse fuerit: sed ita, ut potius hæc possessoris actio sit mutua, quam adversus actorem defensio: de qua nunc quæritur.

Æque,

§. II.

Summa §. I.
Quæ hic expendenda. II.
Confessoria cur in rem, & quam vim hoc habeat. III.
Confessoriæ quæ restitutio, & quis in ea iudicii exitus. IV.
Confessoria cur sic dicta; & a re esse, non a conceptione orationis. V.
Confessoria cur prodita de servitutibus, VI.
Negatoria cur in rem. VII.
Negatoria cur dicatur competere de servitute, quæ nulla est. VIII.
Negatoria adversus quem: & esse etiam adversus eum, qui servitutem sibi non defendat. IX.
Negatoria in actione quæ restitutio, & quod officium iudicis. X.
Negatoria cur ita dicatur, & hoc item ex re esse, non ex conceptione orationis. XI.
Altius tollendi ius an servitus; & an de eo actio confessoria; & quando. XII. XIII.
Actor quid Iustiniano in illis verbis per quem neget rem actoris esse. XIV.
Illa verba Ei vero qui possidet, *recte posita, & eorum sententia*. XV.
Ratio Iustiniani illa, Nam in his agit, *qualis & quam proposito probando conveniat*. XVI.
Agit qui non possidet, *quomodo hic accipiendum*. XVII.
Negatoria cur non detur de re corporali, de servitute autem competat. XVIII.
Actionem in rem possessori non dari, nec confessoriam, nec negatoriam. XIX.
Actio in rem cur possessori non detur: tum confessoria, tum negatoria. XX. XXI. XXII.
Actionem in rem possessori non dari, dictum esse de rebus corporalibus: ad servitutes non pertinere. XXIII.
Actio in rem de servitutibus prodita etiam possidenti, tam confessoria quam negatoria: & cur potius, quam in rebus corporalibus. XXIV.
Actionem in rem de re corporali etiam possessori dari, & hoc quomodo intelligendum, & quam conveniat cum prioribus. XXV.
Actoris partes onus probandi, & cur. XXVI.
Possessoris commodum. XXVII.
Actoris partes obtinet possessor non uno casu, sed multis, & quibus: & quam hi ad definitionem Iustiniani pertineant. XXVIII.
Possessor nemo partes actoris, seu onus probandi sustinet, quatenus possessor est, sed quatenus prius actor est, aut pro actore habetur. XXIX.
Non in Interdicto uti possidetis solum accidere, ut possessor partes petitoris obtineat. XXX.
In Servitutibus non esse unum illum casum, de quo hic traditur. XXXI.
L. si prius, D. de oper. nov. nuntiat. *non habere hunc unum casum*. XXXII.
Qui suscipit ultro in se probationes, posse eum solum dici, qui partes actoris obtineat. XXXIII.
Probatio in iudicio intendentibus quid, & id obtinere volentibus, pariter omnibus necessaria: etiam ei possessori, qui probationes in se ultro suscepit. XXXIV.
Obtinere partes actoris, & sustinere diversis rationibus recte dici de omnibus, qui partibus probandi funguntur in iudicio. XXXV. XXXVI.
Uno casu, Iustinianum non scripsisse, aut de uno casu non sensisse: idque ex verbis demonstratur. XXXVII.

In

In hoc casu, seu illo casu, hic non recte legi. XXXVIII.
Sane non uno casu, *legendum: aut* sed non uno*: aut* sed nec uno: & *quam lectio huic loco per omnia conveniat,* & *sola.* XXXIX.
Theophili locus emendatus. XL.

Æque si agat quis, ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Eiusdem generis est actio de iure prædiorum urbanorum: veluti si quis agat ius sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel proiiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel proiiciendi immittendive: istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

I. De re corporali actionem in rem proxime dixerat, si quis rem suam petat ab eo qui possidet. Subiicit non de corporali tantum hanc actionem esse, sed æque, id est, similiter & de rebus incorporalibus quæ nostræ sint, iisque omnibus, quod indicat exemplis servitutum. Nam res incorporales, quæ quidem nostræ sint, sunt servitutes. Ideo harum exemplis utitur. Et quoniam dubitari poterat, num competeret de omnibus; ad dubitationem hanc tollendam exempla retulit. Nam cum servitutum quædam sint personarum, ut usus, ususfructus: quædam rerum seu prædiorum: *L.* 1. *D. de ser.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum; quædam rusticorum: quæ commemorantur *supra de servit.* in princ. & §. 1. item *L.* 1. *D. de servit. rust. præd.* animadvertere licet eum omnium generum exempla posuisse, in quibus & hanc actionem statueret: quod sane non alio spectat, quam ut intelligamus competere eandem actionem de omnibus. Hoc interesse docet in hoc genere inter res corporales & incorporales, quod in servitutibus duæ sunt in rem actiones proditæ. Una dicenti servitutem suam esse, seu sibi deberi a re alterius: quam actionem hic non nominat: iuris auctores confessoriam vocant: altera ei, qui negat rem suam servitutem debere: quam hic vocat negativam: nostri in usu iuris negatoriam. *L.* 2. *D. si ser. vind.* Unde horum titulorum inscriptiones: *Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Item, *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.* Petitionis & vindicationis verbo in rem actio significatur, *L. actionum: L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb signif.* Petitur & vindicatur servitus, de qua in rem agitur, sed confessoria actione. Negatur ad alium pertinere, de qua itidem agitur in rem, sed negatoria. De rebus corporalibus una tantum actio in rem, prodita ei qui rem suam esse intendit, id est, confessoria. Nunquam ei qui negat: cuius & rationem reddit in extremo.

II. Atque hæc summa sententia huius loci. In quo quædam sunt, quæ habent dubitationem: quæ si distincte proposita recte atque ordine explicantur, locus alioqui omnium sententia vix pervius poterit patere. Ea sunt quatuor, quorum tria pertinent ad actiones: unum est in exemplis, quæ hic proponuntur. De actionibus ut tria complectitur Iustinianus, ita singulorum ratio cognoscenda est: sine quo harum actionum usus non magis intelligetur, quam si omnino hic non essent propositæ. *Primum*, cur dicantur hæ actiones in rem, & quam vim id habeat. *Alterum*, cur & unde ita vocentur, illa confessoria, hæc negatoria. *Tertium*, cur hæ proditæ sint actiones in rem duæ de servitutibus, cum in vindicatione rerum cor-

corporalium una tantum sit prodita confessoria. Quæ singula ordine in unaquaque harum actionum breviter expendemus, ac primum in confessoria.

III. Est ergo actio confessoria, qua servitus petitur, & vindicatur, itidem in rem actio, ut illa de re corporali: nempe iisdem de caussis. Actio in rem est per quam rem nostram petimus. *L. actionum, D. de obl. & act.* Et confessoria de servitute eiusmodi, per quam servitutem nobis competere, id est, nostram esse intendimus, *L. 2. in pr. D. si ser. vind.* Non enim si nobis promissa sit tantum servitus, locus est huic actioni. Sed etsi nobis fundus venditus sit, nec traditus, actione ex empto, id est, in personam agitur, ut venditor fundum tradat, & tradendo si dominus est, nostrum faciat, *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.* ita & de servitute, si forte vendita sit, nec tradita: idemque, etsi sit promissa aut aliter ex contractu debita. Ex contractu enim obligatio: nec obligationis substantia in eo est, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum, *L. 3. D. obl. & act.* ubi autem servitus tradita erit, quod fit usu servitutis & domini patientia buon usum in re sua permittentis: *L. ult. D. de ser. L. 3. in pr. D. de usuf.* tum servitus incipit esse nostra: de qua ob eam caussam iam agere in personam non licet, ut nobis detur, quæ iam nostra est: *§. sic itaque, infra eod,* sed hæc sola est actio, per quam servitutem nostram esse intendamus. In rem actio de re corporali est adversus eum qui rem possidet, tenet, & habet restituendi facultatem. Et confessoria suo modo adversus possessorem servitutis. Competit namque non adversus eum, qui quandoque nobis obligatus servitutem dedit; qui solutione eius quod debuit, omni obligatione liberatus est: sed adversus omnes omnino, qui nos servitute uti quoquo modo impediunt, sive servitutis faciant controversiam, sive non faciant, *L. loci, §. si quis mihi. L. si quis diuturno, §. ult. D. si ser. vind. L. pen. §. 1. D. si usuf. pet.* Quod non aliud est, nisi adversus servitutis detemptorem & occupatorem dari. Ut enim in rebus corporalibus si quis rem corporalem nostram tenere nos aut attingere non sineret, id non faceret aliter quam ut ipse rem occupatam teneret solus, quam nobis non redderet, quam ob rem & actione in rem teneretur: sic in servitute si quis ea nos uti prohibeat, eam suo quodam modo detinere possidereque recte dicatur: adversus quem ideo sic intendamus recte, ut ea quasi occupatione & detentione cedat. Dicitur tamen confessoria etiam possessori interdum dari, ut idem sit petitor iuris & possessor *L. etsi, §. 1. D. si ser. vind.* nempe ergo & adversus eum, qui non possidet: quoniam duo in solidum eandem rem possidere non possunt. *L. 3. §. ex contrario, D. de acq. pos.* Quod & verum est; nec sunt hæc contraria; sed idem hic fit, quod in vindicatione rerum corporalium fieri supra indicavimus, & exponetur pluribus in illis verbis, *ei vero qui possidet*. Actio dari potest ei qui ius vere possidet, quo casu & erit adversus eum qui vere non possidet. At nunquam datur ei, qui servitutem detinet: semper autem adversus eum qui velut occupatam tenet: & ita possessorem intelligi volumus, cum dicimus actionem in rem possessori non dari: dari autem adversus possessorem.

IV. Petitio, & ex ea petitione officium iudicis in otraque actione idem, idem utriusque iudicii exitus. In actione in rem de re corporali iudicis primum officium est, ut pronuntiet rem esse actoris. *L. & ex diverso, §. 1. D. de rei vind.* Et hic quoque ut servitutem per sententiam non constituat, sed quæ est declaret. *L. sicut, §. sed si quæratur, D. si servit. vind.* Illic iudiciom eo spectat, ut res restituatur. Unde secundum in officio iudicis, ut iubeat restitui cum fructibus; ac nisi paret possessor, damnetur eo modo, quo supra diximus, *L. qui restituere, D. de rei vind.* Idem in hac actione iudicii exitus, ut scilicet restituatur servitus, idque eodem præcedente iussu, eademque sententia iudicis efficitur, ut est generalis definitio in extremo *d. L. qui restituere*. Nec minus placet etiam in hanc actionem fructus & omnem caussam venire, *L. loci, §. 1. D. si ser. vind. L. pen. §. pen. D. si usuf. pet.* Sic autem videtur servitus restitui, si desinat is cum quo agitur, controversiam servitutis facere, & actorem uti servitute patiatur; unde officium iudicis in eo, ut securus actor consequatur servitute utendi facultatem, *d. L. pen. §. ult. D. si uf. pet.* Id autem sic efficitur officio iudicis. Quoniam enim id verbis non præstatur, sed re; fieri autem potest, ut qui hodie non prohibet, quo tempore iussus est restituere, cras prohibeat: hic adversus periculum futuri temporis cautio subsidio inventa est, quæ pro restitutione rei cede-

cederet, ut caveat possessor neque per se, neque per heredes suos factum iri, quominus servitute uti liceat. Itaque officium iudicis hoc est, ut iubeat hanc quoque cautionem interponi: ut si caverit reus, absolvatur: sin minus, tanti condemnetur, quanti actor in litem iuraverit. *L. harum. D. si ser. vind.* Et vero consequitur petitor hac cautione, ut in futurum quoque sit securus: aut enim reus metu stipulationis non prohibebit adversarium uti servitute: aut si prohibet, parata est actori actio ex stipulatu quidem, attamen tanquam ex caussa iudicati, qua statim quod interest sua in executione iudicati consequatur: nam post rem iudicatam nihil amplius, quæritur, quam an iudicatum sit, *L. post rem, D. de re iud.*

V. Quod *secundum* in hac actione spectandum dixi, confessoria dicitur hæc actio, quia per hanc servitutem nostram esse confitemur, id est, affirmamus: nec ulla est confessoria de servitute, nisi per quam intendimus servitutem nobis competere, eamque vindicamus, id est, ut nostram petimus. *d. L.* 2. in pr. & §. 1. *si ser. vind.* Itaque utrum sit confessoria, ex re petita & sententia verborum æstimandum est, non ex figura orationis. Potest quis intendere servitutem suam esse simul verbis & sententia: ubi nemo negat confessoriam actionem esse, in qua & verba & sententia affirmant. At potest quis affirmare sententia orationis servitutem sibi competere, ut tamen oratio conceptione verborum sit negativa. Nihilominus actionem confessoriam esse dicemus ex definitione, quia petit servitutem, & nostram esse confitetur; utpota, com dico mihi ius esse utendi fruendi fundo alicuius; ius eundi agendi per fundum vicini; ius tigni immittendi in vicini ædes: non mirum, si dicitur hoc loco in his exemplis actio esse negativæ contraria, id est, confessoria: quoniam utraque re vere confessoria est; & sententia, qua servitutem re vera meam esse affirmo; & conceptione verborum, quæ & ipsa affirmativa est. At com intendo ius non esse vicino altius ædes suas tollere, & officere luminibus meis, oratio quidem verbis negativa est; at sententia affirmat de servitute, hanc esse meam. Confessoria igitur ex definitione, quia servitutem vindicat, *d. L.* 2. *si ser. vind.* sed de eo exemplo paulo post suo loco.

VI. Sequitur *tertium* illud, cur sit hæc actio in servitutibus prodita. Sed de eo ideo hic non quæritur, quia habet actio exemplum rerum corporalium: nam quæ de rebus corporalibus prodita est in rem actio, non alia est quam confessoria, utpote prodita rem suam petenti, eoque & suam esse confitenti atque affirmanti: ut si caussa est in re corporali, cur liceat hac actione experiri, & rem nostram petere: sit ius atque æquum & rem incorporalem eodem modo petere licere. Ad negatoriam hæc quæstio pertinet: cum ea in controversiis rerum corporalium non sit constituta. Ac de ea actione iam eadem ista tria consideremus.

VII. Est autem actio negatoria, per quam quis servitutem a re sua deberi negat. *d. L.* 2. in pr. *si ser. vind.* Hoc quoque genus in rem actio est, ut hic traditur, & *d. L.* 2. *si ser. vind.* quippe & hic rem nostram petimus; non utique servitutem, quam hic negamus, sed rei nostræ libertatem. Negat quis servitutem vicino se debere ædes suas altius non tollendi: verbis de servitute negat: vi ipsa hoc intendit habere se ædes suas ab ea servitute liberas. *L. loci*, §. *competit*, *D. si ser. vind.*

VIII. At dicitur hæc quoque actio competere de servitute, *d. L.* 2. *si ser. vind.* Quomodo de servitute quæ nulla est? Recte: sed ut sit de servitute non quam quis sibi vindicet, sed quam se alii neget debere: idque ita explicatur in *d. L. loci*. §. *competit.*

IX. Est & hæc actio itidem adversus possessorem. Dum tamen possessorem hic intelligamus ut in confessoria, non eum, qui proprie libertatem possidet, dum est in possessione servitutis: quoniam & ei qui vere in possessione libertatis est, negatoria dari potest: *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur. D. si ser. vind.* sed eum, qui sive sit in possessione servitutis, sive non sit, libertatem prædii nostri velut occupat & tenet. Datur enim adversus eum, quisquis in nostro quid facit, inve nostrum immittit invitis nobis, aut in nostro facientes nos prohibet. *d. L. loci*, §. *competit. L. sicut*, §. *Aristo. D. si ser. vind.* Ut autem servitutem nostram detinere intelligitur, qui nos ea uti non patitur: sic libertatem, qui quominus ea utamur, impedit. Nec interest, utrum is qui in nostro quid facit, aut in nostrum immittit, iure servitutis id se facere dicat, an non dicat: satis est, quod hæc facit, ut hac actione teneatur, ut declaratur multis in *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vind.* Nec nos moverit, quod hæc actio ut confessoria, de servitute esse dicitur, saltem quam negemus nos debere. *d. L.* 2. in princ. *d. L. loci*,

ci, §. *competit*, *eod.* Ut enim recte & naturæ actionis convenienter negemus nos ei servitutem debere, qui quid eorum facit quæ supra scripta sunt, non est necesse enm dicere sibi earum rerum servitutem deberi, & servitutis facere controversiam: satis est, quod id faciat, quod iure facere non potest, nisi iure servitutis. Videndum est enim, quo spectet hæc actio: nempe eo, ut efficiatur ius non esse adversario eorum quid facere, quæ diximus, eoque ut officio iudicis facere prohibeatur. Atqui hoc efficitur ista intentione, si dicamus nos earum rerum servitutem non debere, sive eius rei controversiam faciat adversarius verbis, sive non faciat. Hoc enim posito servitutem adversario non deberi a nobis, sequitur, ut illa facere in nostro non possit: quia quæcunque oratio eius fuerit de servitute in utramque partem, sive ut controversiam de ea faciat, sive nullam: re certe ipsa non potest ea iure facere, nisi iure servitutis: quo fit, ut hoc iure negato, & potestas illa faciendi ei detrahatur. Quocirca ut defendamus recte dici hanc actionem competere de servitute, non est necesse eo confugere, quod eruditis etiam quibusdam hac obiectione impeditis accidit, ut dicamus huic actioni tum locum esse, cum is qui hac actione experiri vult, servitutem prius debuit, quæ post remissa est, de qua tamen nunc controversiam patitur; aut cum idem vicino alicui servitutem debet, non autem ei cum quo nunc agitur, qui & sibi eandem deberi dicit. Sit sane & his casibus negatoria actio, ut est, & sine controversia recte dicatur ea actione servitus negari, quam adversarius sibi defendit. Sed non minus recte, ut dixi, & hæc negatur adversus omnes, qui ea faciunt in nostro, quæ facere non possunt, nisi iure servitutis: ut sic negata servitute efficiatur eos illa facere non posse: qui unicus finis est huius actionis: & hoc sive servitutem sibi defendant, sive non defendant. Quanquam si præfracte quærimus in negatoria actione, ut sit adversarius, qui servitutis controversiam faciat, quo eam nos debere recte negemus; is paratus est in his omnibus, qui quid faciunt in nostro nobis invitis, aut nos in nostro quid facere prohibent. Esto enim, his faciendis de servitute nihil dicant, quo eam sibi usurpent verbis: at certe satis usurpant re ipsa & facto; quoniam in his factis servitus omnis consistit. *L. quoties*, 1. *D. de ser.* Sit ergo hæc actio adversus omnem, qui hæc facit, quocunque modo se dicat facere, sive iure servitutis, sive nullo.

X. exitus iudicii idem, qui supra, ut cum libera res nostra pronuntiata fuerit, libertatem adversarius nobis restituat, quam quodammodo facto suo nobis ademerat. Restitutio in eo, ne nos amplius inquietet. *L. pen.* §. *ult.* *D. si as. pet.* Et quoniam non id agitur tantum, ne hodie nos inquietet, sed ut in futurum quoque de libertate nobis provisum sit: ut in confessoria actione, sic in hac cavere debet reus neque se neque heredes suos quidquam facturos, quominus actor libere re sua utatur. Continetur ergo officio iudicis, ut & illa fieri vetet, quæ facta sunt, & de futuris quoque factis caveri iubeat: quod nisi fit, condemnatio sequetur. *L. egi. d. L. harum*, *D. si ser. vind.*

XI. Negatoria cur dicatur hæc actio, apparet. Ideo negatoria de servitute, quia competit neganti se servitutem debere. *d. L.* 2. in princ. *L. loci*, §. *competit*, *D. si servit. vind.* Itaque an sit negatoria, itidem hic ut in confessoria ex re quæ intenditur, æstimandum est, non orationis conceptione. Negatoria est, quæ servitutem negat, etiamsi affirmativa intentione utatur: non est negatoria, quæ servitutem vindicat, etiamsi negativa oratione sit concepta. Utputa, intendit quis ius sibi esse prohibendi, ne quid in suum immittas: negatoria actio est in *L. sicut*, §. *Aristo*, *si servit. vind.* Intendit quis ædes suas esse liberas a servitute altius non tollendi. Et hæc negatoria est actio in *L. loci*, §. *competit*, *eod. tit.* utrobique tamen affirmativa oratio; sed quæ sub affirmativa conceptione vi ipsa servitutem ab actore deberi negat: quod ex definitione & vi verbi sufficit, ut sit actio negatoria. At cur hæc prodita de servitutibus, cum in controversiis rerum corporalium nulla sit eiusmodi actio? hoc enim erat *tertium*, quod circa has actiones quærebamus. Et cum id explicet Iustinianus illic, *Quod genus actionis:* sit autem locus per se obscurior; eius rei tractationem in eum locum reiiciemus, ubi separatim attingatur.

XII. Venio ad exempla huius loci: quod *quartum* in huius loci tractatione spectandum esse diximus. De his monendi sumus, cum sint omnia servitutum, esse eiusmodi, ut si de genere servitutis quæritur, singularum specierum significatio & potestas petenda sit ex titulis de servitutibus, non hoc loco tradi, ubi de actionibus servitutum agitur, non de ipsis servitutibus. Unum esse genus, in quo ambigatur de actione: cuius ideo ratio

hoc

hoc loco nobis explicanda est: sic enim ad propositam huic loco quæstionem pertinet, & est eiusmodi, ut de eo parum liqueat. Id genus est ius, quod vocat altius ædes suas tollendi: de quo ita dat actionem confessoriam, ut videatur debuisse dari negatoria: aut certe male has actiones ante definivimus, & omnino quæ sint, non intelligitur. *Veluti*, inquit, *si quis agat ius sibi esse altius ædes suas tollendi*. Aperte Iustinianus hoc exemplum refert inter ea, in quibus dat actionem confessoriam. Post hæc enim exempla in vers. *Contra quoque*, subiicere se ostendit ea, in quibus scribit contrariam esse actionem, eamque vocat negativam, id est, negatoriam. Posuerat ergo prius actionem contrariam negatoriæ: ea autem est confessoria. Atqui si recte definitur confessoria, qua servitutem nobis competere intendimus; negatoria, qua alteri deberi negamus, ut definiuntur illa in *L.* 2. *D. si ser. vind.* negatoriæ exemplum esse dixeris, non confessoriæ, cum ago ius mihi esse altius ædes meas tollendi. In hac enim intentione non servitutem mihi deberi dico, sed me vicino debere nego: & quod idem est, ædes meas a servitute liberas esse intendo; idque ita demonstratur. Id solum servitutis est, si quis cogatur aliquid pati in suo, aut in suo non facere, *L. quoties*, 1., §. *ult. D. de servit.* Ergo in suo aliquid facere, servitutis non est; sed libertatis servituti contrariæ. Intelligiturque hoc ipsum certius ex eo, quod placet liberum esse cuique in suo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. sicut*, §. *Aristo. D. si ser. vind.* At huius generis est ædes suas altius tollere: liberum igitur hoc ipsum cuique; eoque & libertatis, quam dominus sibi asserat servitutem se debere negando: non servitutis, quam ab alio acceptam confessoria sibi vindicet. Idque est, quod dicitur neminem dominum prohiberi altius ædificia tollere, si domus servitutem non debeat. *L. altius*, *C. de servit.* Et quia non prohibetur, ideo cum eo qui tollat, etiam si obscuret vicini ædes, quibus non serviat, nullam competere actionem, *L. cum eo*, *D. de servit. urb. præd.* Conceduntur hæc ei domino, cuius ædes servitutem non debent, cuius ædes non serviunt. Ergo ei, cuius ædes sunt liberæ; ergo ei, cui huius ipsius libertatis iure, id est, iure proprio rei suæ licet altius tollere, non constituto aliunde iure servitutis. Ex quibus efficitur, si quis intendat ius sibi esse altius ædes suas tollere, & officere luminibus vicini, hunc non vindicare servitutem, quæ nulla illi constituta est, sed negare hanc a se deberi ei, qui impediat altius ædes tolli, & ita intendere ædes suas esse liberas. Negatoria igitur hic actio in rem de servitute, non confessoria, ex definitione superiore. Sunt, qui id admittant, quasi Iustinianus inter exempla actionis confessoriæ unum hoc exemplum admiscuerit negatoriæ actionis. Sed repugnant, ut dixi, illa verba *Contra quoque*: quibus se subiicere ostendit ea exempla, in quibus statuat actionem negatoriam, eamque priori contrariam: nec alia est contraria, nisi confessoria: hanc igitur in prioribus exemplis posuerat, non negatoriam. Quid verbis opus est? in verbis *Contra quoque*, diserte scribit in hoc ipso exemplo negatoriam actionem esse hanc, si quis intendat ius non esse adversario altius tollendi. Ergo hoc dicit actionem hanc esse de servitute altius tollendi, quam neget deberi adversario iuxta definitionem *L.* 2. *si ser. vind.* Proinde adversarius qui sic aget, ut intendat ius sibi esse altius tollendi, intendet sibi servitutem competere. Confessoria igitur hæc actio, non negatoria, ex definitione confessoriæ actionis. Sunt, qui fateantur hanc actionem ius mihi esse altius ædes meas tollendi, vere esse negatoriam, ut disseruimus, & Iustinianum hic agere de actione confessoria: & tamen defendant non eo minus exemplum ad confessoriam actionem pertinere; quod dicant & in hoc exemplo quæ actio negatoria est, eandem esse diversis rationibus re atque verbis confessoriam. Negatoriam esse, si servitutem spectemus, de qua agitur. Vere enim hanc ab actore deberi negat. Confessoriam, si spectemus libertatem: nam hanc potissimum actor hac actione sibi asserere conatur, atque hanc ipsam suam esse confitetur, itidem ut servitutem a se deberi negat: constatque utrumque inesse in hac actione, *L. loci*, §. *competit*, *D. si ser. vind.* Cum autem accedat oratio affirmativa, ut intendat actor ius sibi esse altius ædes tollendi; nihil causæ dici posse videtur, cur non re & verbis dicatur confessoria, conveniatque instituto Iustiniani, qui hoc loco actionem confessoriam intelligi voluit. Atque hoc sensu assequuntur, ut congruat exemplum Iustiniani sententiæ de confessoria actione, & simul non adversetur hic locus illis aliis, quibus traditur licere altius ædes suas tollere iure proprio rei suæ, non iure servitutis: quoniam ne id quidem hic negetur, cum dicamus hanc actionem ius

ius mihi esse altius ædes meas tollendi, confessoriam esse; non tamen ad servitutem vindicandam, sed ad libertatem ædium asserendam, quæ iure communi tributa sit omnibus, quorum ædes non serviant. Equidem agnosco, si ad verbi rationem res exigitur, dici confessoriam isto modo nec inepte, nec parum significanter: negatoriam enim maxime de libertate esse: hanc autem si æstimamus, nihil repugnare, quominus quæ de servitute quam negat, negatoria est: de libertate quam confitetur, recte dicatur confessoria. Sed quominus confessoriam ita hic interpretemur, hæc prohibent: veternm usus: ipsius loci sententia: & quod ne ista quidem interpretatione difficultatem loci explicamus. Confessoriam scimus vocare veteres, non quæ confessoria est de libertate, sed quæ confessoria est de servitute, quam deberi confitetur: sicuti negatoriam, non quæ est negatoria de libertate, sed quæ negatoria de servitute, quam negat. Sic enim traditur de his actionibus in *L.* 2. *si ser. vind.* competere has in rem actiones de servitutibus: illam de servitute, quam affirmet deberi: hanc de servitute, quam deberi neget. Sed & hanc actionem confessoriam intelligere se hoc loco Iustinianus satis ostendit: cum enim dicit postea negativam actionem, de qua loquitur, non esse proditam in controversiis rerum corporalium: simul significat eam de qua senserat in principio, & quam ab hac negativa ut contrariam separat, in iudiciis rerum corporalium esse proditam. Non ergo prius intellexit eam confessoriam, quæ servitutem deberi negans confiteretur & affirmaret libertatem: quoniam hæc in illis iudiciis nulla est. Sed hoc sensit, eum qui agit ius sibi esse altius ædes suas tollendi, sic confessoria agere, ut agat de servitute, quam his verbis sibi competere contendat. Postremo cur metuimus in hac specie altius tollendi confessoriam admittere, quæ sit de servitute? Ne scilicet cogamur admittere hoc ius esse servitutem, sicque pugnemus cum iis locis quibus traditur licere hoc cuivis iure rei suæ, non iure servitutis. *d. L. cum eo*, *D. de servit. urb. præd. L. altius*, *C. de servit.* Atqui hac ipsa ratione in hac specie admittere debemus confessoriam, quæ sit de servitute; quia in *L.* 2. *D. de servit. urb. præd.* inter iura prædiorum disette numeratur ius altius tollendi: sunt autem iura prædiorum, horum ipsorum servitutes. *supra de servit.* in pr. & §. 1. Sed & eadem in caussa habetur in *L. in tradendis* §. 1. *D. com. præd.* Quod nisi recipimus, priorum locorum obiectionem metuentes, illinc dilapsi in istorum posteriorum reprehensionem manifestam incurrimus. Quid ergo est? Et sumi oportet id, quod ex proximis duobus locis datur intelligi: ius altius tollendi ædes suas interdum servitutis ius esse, non libertatis: interdum libertatis, non servitutis. Quo posito, res est expedita. Licet autem attendenti intelligere maxime ex *d. L.* 2. *de servit. urb. præd.* Illic enim statim in principio traditur, urbanorum prædiorum iura talia esse: altius tollendi, aut non extollendi. Ac iura iam ante diximus intelligi servitutes, ut hoc ipsum explicatur in *tit. de servit.* in pr. & §. 1. *supra.* Qui ius altius tollendi servitutem esse, seu servitutis iure competere dicit; aperte negat hoc idem competere, servitute non constituta: eoque negat competere iure libertatis, seu iure proprio rei suæ. Et contra qui ius altius non tollendi dicit esse servitutem, quam quis in suo pati debeat; is aperte dicit hac servitute ædibus suis non imposita licere cuivis altius ædes extollere pro libertate & iure rei suæ. *L. altius*, *C. de servit.* Ita qui hæc duo dicit, plane hoc dicit, ius altius tollendi & servitutem esse, & non esse: servitutem, & libertatem.

XIII. Contraria hæc sunt, nec possunt simul consistere. Quomodo igitur sibi constant. Accidunt hæc non in uno & eodem iure altius tollendi, sed in diversis, ut alias hoc ius sit ius servitutis, id est, non aliter debitum, quam servitute a vicino mihi constituta: alias ius libertatis rei nostræ, quo possumus uti invito vicino, hoc ipso quod ædes nostræ sunt, dummodo hanc libertatem non imminuerimus servitute ædibus imposita altius non tollendi. Quando igitur hæc accidunt? Vidit hoc Petrus Faber ad hunc §. & *ad tit. de servit. supra.* Vidit Baro, & diligentius exposuit *ad* §. *prædiorum supra de servit.* ambo moniti certis locis tribus, qui de hoc iure altius tollendi scripti sunt: quibus hoc ius ita tribuitur dominis iure communi, ut addatur hæc exceptio, dum ne quid fiat contra formam & statum veterem ædificiorum, ut est in *L. qui luminibus*, *D. de servit. urb. præd. L.* 1. *C. de servit.* & ut explicatur alibi, dum ne ædificator modum usitatum altitudinis excedat. *L.* 1. *C. de æd. priv.* Quid ergo ad rem hi loci? Et facile omnes nos docent, nulla certa forma ædificiorum publice constituta licere cuivis

cuivis iure gentium ædes suas quam altissime tollere, etiam si offecturus sit luminibus vicini: & licere iure rei suæ, id est, etiam non impetrata a vicino huius rei concessione, seu huius rei servitute. *d. L. altius*, *C. de ser. d. L. cum eo*, *D. de servit. urb. præd.* Et hactenus hoc ius libertatis est rerum nostrarum, non servitutis a vicino concessæ. Idem iuris esse, etsi constituta sit publice certa forma & altitudo ædificiorum, sed qui ædificat, consistat intra huius formæ modum. Hac autem constituta, si quis altius tollat, non licere iure rei suæ, cuius altitudo modum a lege publica accepit. Unde eveniet, ut si licere incipiat, non aliter liceat, quam vicino concedente, & hanc servitutem ædibus suis imponente, ut ædificantem & suis luminibus officientem pati cogatur, quem prius pati non debebat. Quæ res facit, ut iam ius altius tollendi sit servitus, seu ius servitutis. Et hoc cum forma publice constituta ita erit, ut non liceat altius ædificare invitis vicinis. Nam si præcise ita cautum sit lege, ne quis supra eam altitudinem ædificet propter incendia, aut ruinas ædificiorum; nihil aget servitus constituta, quominus ab ædilibus urbis ædes coerceantur intra legitimum modum: pactis enim privatorum iuri publico derogari non potest, *L. ius publicum*, *D. de pact. L. quod bonis*, *§. 1. D. ad leg. fal.* Secundum hæc res est ut de diffidentibus locis, ita & de actionibus atque interpretatione huius loci admodum expedita. Si igitur forma nulla ædificiorum publice constituta est, aut constituta non exceditur: quia tum ædificare licet iure rei suæ, iure libertatis publice concessæ; si quis tum intendit ius sibi esse altius ædes suas tollendi, is ædes suas liberas esse dicit, eoque servitutem se debere negat, non servitutem sibi deberi contendit. Proinde negatoria actione utitur de servitute, non confessoria. *d. L. 2. si ser. vind.* Et isto sane sensu exemplum huic loco non congruit. Quod si lege civitatis certa forma ædificiis præscripta est, supra quam tollere ædificia non liceat invito vicino; vicinus autem constituerit ius mihi esse invito se altius ædes meas tollendi, & officiendi luminibus suis; iam hoc ius servitus erit, quam vicinus pati debeat, quod ante servitutem constitutam non cogebatur. Ne mihi constituerit hoc ius; tum ex lege retinebit ius & libertatem ædium suarum, qua efficiatur ne sit mihi ius altius ædes tollendi. Hic vero in utramque partem optime exempla in hac specie congruent. Nam si servitute mihi constituta vicinus me impediat, quominus altius ædificem: recte intendam confessoriam actionem de servitute, ut dicam ius mihi esse altius ædes meas tollere invito eo, id est, dicam eum hanc servitutem mihi debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Servitute autem nulla eiusmodi mihi ab eo constituta, si velim ædificare, licet ei ita mecum agere, ius mihi non esse invito se altius ædes meas extollere: atque hæc vere negatoria actio est, quam Iustinianus postea in hac specie statuit. Hoc enim nihil aliud est, quam negare servitutem hanc mihi deberi; ædes vicini hactenus esse liberas, ne ædificantem me pati cogatur. Pacto in hac re idem quod lege effici non potest: libertas namque naturalis altius ædificandi cum sublata est lege, si deinde mihi cedatur a vicino ius altius tollendi, manet nihilominus eadem conditio rei meæ adversus cæteros, ut altius tollere non possim: sed servitus mihi constituta est a vicino, qui iam pati incipit, quod prius sine pacto non cogebatur: hoc autem pati servitutis. *L. quoties*, *1. §. ult. de servit.* At eadem libertas si adempta sit pacto, puta quia inter me & vicinum convenerit, ut ad certam altitudinem mihi ædificare liceret: si idem postea mihi concedat altius ædificare: non nova servitus mihi constituitur, sed quæ illi a me pacto constituta erat, contrario pacto ab eo remittitur. Qua remissa, redit res mea in libertatem naturalem, de qua si experiar postea, agam licere mihi altius ædes meas tollere, iure rei meæ, quæ iam amplius huic non serviat. arg. *L. altius*, *C. de ser.* Hæc autem est negatoria actio negans amplius servitutem deberi, & ædes liberas esse affirmans. *d. L. 2. L. loci*, *§. competit*, *D. si servit. vind.* De modo altitudinis ædificiorum, quis fuerit, & quam varius Romæ, nihil necesse est dicere hoc loco. Satis est constare fuisse aliquando constitutum. Fuisse autem præterquam quod auctores sunt Strabo *Lib. 5.* Tacitus *Lib. 15. Ann.* plane constat ex superioribus locis, id est, *d. L. 1. C. de servit. L. 1. C. de ædific. privat. L. qui luminibus*, *D. de servit. urb. præd.* si fuit aliquis, superiori iuri locus est. Qualis aut quando fuerit, ad hanc quæstionem iuris nihil pertinet. Immo vero ad hanc quæstionem satis est non modo eiusmodi aliquem modum esse, sed etiam existere posse in quibusque regionibus, & civitatibus, ut ad id tempus hæc quæstio accommodetur.

XIV. *Quod genus actionis*. Non abs re addidit hoc loco negatoriam actionem in controversiis rerum corporalium proditam non esse: pertinet enim partim ad defensionem, partim ad explicationem quorundam superiorum. Prius dixerat de rebus corporalibus in his esse actionem in rem, sed eam per quam quis intendit rem suam esse; de ea per quam quis neget rem esse adversarii, nihil adiecerat: omiserat itaque negatoriam. Non recte, diceret aliquis accepta ex hoc loco occasione: cum enim modo dixerit etiam hanc actionem proditam esse in servitutibus, cur in rebus corporalibus omisit? Dixerat præterea initio huius §. actionem in rem de servitutibus competere æque, id est, similiter atque de rebus corporalibus: ex quo potuit intelligi etiam competere negatoriam de corporalibus: sic enim fit, ut competat de his rebus per omnia in rem actio æque & similiter. Utrumque cum requireret interpretationem, commode subiecit, quod utrumque absolveret: dum & prioris reddit rationem, & posterius enarrat. Hoc *genus*, inquit, (negatoriæ actionis) *in controversiis rerum corporalium proditum non est*. Proinde nemo mirari debebit, si in his confessoriæ tantum actionis mentionem feci; negatoriam non dedi: ideo enim non dedi, quia hæc in illis nulla est: dissimiliter atque in servitutibus. Quod autem dixi de servitutibus æque atque de rebus corporalibus esse actionem in rem: hoc æque sic accipiendum est, ut competat æque & pariter in utroque genere rerum, quod ad genus actionis attinet: non quod attinet ad numerum, seu ad species actionum huius generis. Competit æque de omnibus in rem actio: nunquam enim alia actio est de servitutibus, quam in rem, sive confessoria erit, sive negatoria. At competunt de servitutibus duæ in rem: hæ ipsæ videlicet quas dixi, confessoria & negatoria: de rebus corporalibus una tantum confessoria: illa altera in harum rerum controversiis non est prodita. *Nam in his is agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse*. Ratio est, non qua probetur, cur in controversiis rerum corporalium actio negatoria non sit prodita: sed qua declaretur id quod proposuit, proditam non esse. Locus est paulo obscurior. Difficultas partim ex genere collectionis, partim ex sententiis ipsis per se, quæ hic affirmantur. Itaque visum est utrumque hoc loco distincte expendere. Et quoniam afferuntur hæc pro ratione, prius de genere ipso probationis, quale sit, videamus. De quo non temere est, quod quæritur. Non enim videtur ratio efficere id, quod est propositum. Id ita faciam, si prius dixero, quid hic actoris verbo significetur, ne non satis intellectum, sententiam mutet, & rectam collectionem impediat. Ergo illud, *per quam neget rem actoris esse*, rectum est, ut actoris verbo intelligamus adversarium qui non possidet, sitque hic sensus; ei vero, qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem esse eius qui eam non possidet, cum quo forte possessor experiri velit. Actoris verbo hunc intelligere Iustinianum & antithesis, & præcedentia huius rationis declarant. Primum actorem opponit ei qui possidet. Possidenti non recte opponitur quisquam, nisi is qui non possidet. Tum autem eum qui non possidet paulo ante eum esse dixerat, qui agit: quod nihil aliud est, quam eum qui non possidet, in his controversiis esse actorem. Non mirum, si ex hoc sensu sibi & prioribus consentiens eum qui non possidet, nunc quoque actorem vocat. Ut tamen actorem intelligamus non eum qui vere actor est, cum fieri possit, ut is qui non possidet, nunc non agat: sed eum, qui si hoc casu ageretur, actor esset, aut actor esse deberet.

XV. Hoc intellecto venio ad rationem: cuius vim initio simpliciter proponam. Probatio autem mihi esse videtur ex enumeratione partium, quarum a singulis removetur negatoria actio. Nam si probatur in singulis partibus harum controversiarum hanc actionem locum non habere, recte colligitur in eiusmodi controversiis in totum huic actioni locum non esse; quod erat propositum. Est igitur ratiocinatio huiusmodi. Controversia omnis quæ de rebus corporalibus nostris movetur actione in rem, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet. Neutro autem in genere controversiæ locum habet negatoria actio. Quare in totum in his controversiis locum non habet. Quia vero ad hoc efficiendum satis erat assumptum illud probare; ideo solum posuit, & probavit; ad hanc, ut opinor, sententiam. In his controversiis rerum corporalium si quis iure agat, is est qui non possidet. Huic autem nulla negatoria actio; non tam quia iure non prodita, quam quod nec natura esse potest. Non enim ei alia potest esse actio ad rem suam recuperandam, quam ea per quam rem suam petat, eoque & suam esse intendat: ubi si neget suam esse, aperte

seipsum

seipsum excludat. Ei vero qui possidet, etsi natura potest actio negatoria ultro dari; tamen iure non est prodita, quia non est necessaria; cum sufficiat ei quod possidet. *L.* 1. §. 1. *D. uti possid.* Quapropter si neque non possidenti actio negatoria natura dari potest: neque ei qui possidet, iure est prodita: neque praeterea plures sunt controversiae de rebus corporalibus, in quibus sit huic actioni locus: efficitur quod dixit, in totum in his controversiis huic actioni locum non esse. Sed an hoc dicat Iustinianus videamus; atque adeo tota ratio paulo diligentius expendatur; quae non immerito viris eruditis est suspecta. Et vero insunt in ea, ut apparet, partes duae: parum ut videtur appositae ad probandum id, quod proponitur. De eo qui non possidet haec ratio est: *nam in his* (controversiis), inquit, *is agit, qui non possidet*. Quid hoc ad rem, ut probetur ei qui non possidet negatoriam non dari, de quo quaeritur? Minime vero hoc ex illo sequitur: potest enim qui rem aliquam non possidet, de ea re agere, & nihilominus negatoriam actionem habere, ut in servitutibus. Nam si cuius aedes in totum liberae sint, ut eas altius tollere liceat, aut ne cogatur dominus in eas tignum recipere: recte agit negatoria, si vicinus eum altius tollere prohibet, aut tignum in parietem eius immittit: & quidem utrumque maxime, etsi adversarius sit in possessione servitutis, dominus non sit in possessione libertatis: veluti, si dominus aedium depressas aedes suas habeat, aut tignum in parietem eius iam sit immissum. *L. loci*, §. *competit. L. etsi.* §. 1. *L. sicut.* §. *sed si quaeritur*, *D. si servit. vind.* Et si tantum dixisset Iustinianus eum agere, qui non possidet; neque verum dixisset, neque ex eo colligeretur non possidenti negatoriam actionem non dari. Refelleretur utrumque exemplo servitutum: ubi & servitutem vindicat, qui eam possidet, & de libertate aedium suarum experitur negatoria, qui non possidet libertatem. *d. L. etsi.* §. 1. *L. sicut.* §. *sed & quaeritur*, *D. si servit. vind.* Sed dictum hoc est de controversiis rerum corporalium: & hoc sentit, eum agere in his controversiis, qui non possidet rem corporalem. Hoc vero qui dicit, nihil aliud significare intelligitur, quam eum qui de his rebus agat, confessoria actione experiri posse: negatoria nequaquam. Agendi enim verbo quam actionem intelligit? in rem: de ea enim agitur. Quorsum vero haec actio non possidenti? nempe ad eam rem quae abest, petendam. Eaque ipsa definitio est actionis in rem, quae ita definitur, ut sit actio, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* At qui petit, simul necesse est intendat rem suam esse; qui si neget, aperte, ut ante dixi, seipsum excludat. Atque hoc ipsum est confessoria actione experiri, non negatoria. Quare vel ipsum actionis & non possidentis nomen hoc efficit, ut intelligi debeat actionem confessoriam hic esse posse, negatoriam non posse. Cur ergo in servitutibus est negatoria ei, qui servitutem se debere negat; cum nihilominus haec ipsa actio sit in rem, & detur interdum libertatem non possidenti? Dicam postea, cum in veritatem harum sententiarum inquiretur. Nunc quid Iustinianus in hac ratione posuerit, quaerimus. Sit ergo hac parte sententia Iustiniani, si quis in rebus corporalibus in rem agat, eum agere, qui non possidet: hinc sua sponte intelligi cum qui non possideat, negatoria agere non posse: cogente id actionis definitione, non possidentis fine, & rei corporalis natura: scilicet quia nec actio aliud petat, quam rem suam: nec possessor in ea re aliud intendat, quam suam esse, ut eam recipiat, quae confessoria intentio est: & idem alia intentione uti non possit, cum una res sit, de qua ab utraque parte contenditur; quam cum affirmarit, non possit negare. Ex quo ut quid hic subaudiendum est, ita quid subaudiendum sit, apparet. Sed sit sane ita, ut possit haec para sic accipi, si per se ponatur: huc spectare nimirum Iustinianum, ut significet ei, qui non possidet, negatoriam actionem non dari. Nihil pertinet ad hunc locum, si appareat ex sequenti parte Iustinianum id non sentire. At videamus, ne aut repugnet pars sequens, quo minus id sentire putandus sit; aut si volumus non repugnare, incidat ipsa in manifestum vitium. Quorum alterum satis est, ne sit ea ratiocinatio, quam diximus, aut ne ex ea efficiatur, quod volumus.

XVI. Subiicit ergo Iustinianus per adversativam: *ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse*. Haec adversativa si recte posita est, significat Iustinianum in eo qui possidet aliquid ponere diversum ab eo, quod prius posuerat in eo, qui non possidet. Nunc autem de eo, qui possidet, aperte scribit, negatoriam actionem ei non esse proditam. Ergo idem de eo, qui non possidet, prius non sensit. Aut si sensit, vitiose

tiose dixit idem per adversativam: cum ita scribere deberet coniuncta oratione: Ei, qui non possidet, cum agat, non potest esse negatoria actio. Sed & ei, qui possidet, æque non est eadem hæc actio prodita. Itaque non temere est, quod plerique docti viri hunc locum suspectum habuerunt. Nonnulli etiam conati sunt remedium afferre, & ita restituere; Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse. Quæ Francisci Hottomanni hoc loco vetus restitutio est. Quod ego non reprehendendi caussa dico, sed laudandi. Nam & difficultatem loci præclare vidisse eum apparet, & si quæritur, quid per se rectum sit, nihil potest dici melius ad probandum id quod quæritur, estque sententia sine ullo vitio & salebra: a quibus contraria lectio ægre potest defendi. Sic enim recte colligitur: In controversiis rerum corporalium is agit, qui non possidet; id est is agit solus, non etiam is qui possidet. Per quod satis significabatur possidenti nullam esse actionem, eoque nec negatoriam; ut proinde id postea de possidente repeti non oporteat. At ei, qui non possidet, quem solum agere dixi, prodita est solum actio confessoria, non etiam ea, per quam neget rem esse adversarii, eiusdemque possessoris. Quare in his controversiis rerum corporalium negatoria actio prodita non est: cum possidenti nulla sit actio; non possidenti sit prodita, sed confessoria, non negatoria. Atque ut hoc sic recte colligitur; ita illud per se verissimum est, possidenti actionem non dari, *L. 1. §. pen. D. uti poss.* De veritate igitur sententiæ & consecutione huius rationis si per se quæritur, nihil est, ut dixi, hac lectione neque verius, neque melius. Sed quid ageremus? Non enim ad mutanda, quæ certo hic scripta sunt, accedimus, sed ad interpretanda. At ita constans est in omnibus libris recepta lectio superior, ut nemo adhuc extiterit; qui se alicubi aliter legisse diceret. Sed & Theophilus aperte legit locum de eo, qui possidet. Quod si quid hic mutandum esset, esset tolerabilius ita legere: Ei vero, qui possidet, non est actio prodita: detractis illis verbis, per quam neget rem actoris esse. Ut diceremus hæc ab aliquo interprete non satis attento tanquam glossema addita esse; deinde in contextum irrepsisse. Haberemus autem huius sententiæ rationem non obscuram in enarratione Theophili: qui hunc locum plane isto modo expressit, quem dixi. Τῷ γὰρ νεμομένῳ, inquit, [illegible] in rem: [illegible] Non dixit, non est actio negatoria prodita, ut hic scriptum est: sed in universum non datur actio in rem: ex quo intelligitur, ideo nec negatoriam ei esse proditam. Quomodo si legeretur; præterquam quod id diceretur, quod per se verissimum est, nullam nimirum possidenti actionem dari, traditum in *d. L. 1. §. pen. uti poss.* effugeret etiam oratio vitium illud, quod supra metuebamus. Statuit enim posterior pars diversum a priore, dum prius non possidenti etsi non datur negatoria actio; datur tamen aliqua, nempe confessoria. At ei, qui possidet, nulla. Sed quoniam ne hoc quidem certo affirmare possumus, hæc verba, *per quam neget rem alterius esse*, non esse Iustiniani, & in eo publice recepta ac constante scriptura prohibemur: videndum est potius, quid commode dici possit receptam lectionem retinentibus. Ego vero non minus animadverto esse in ea, quo per adversativam recte distinguatur posterior pars a priore, tanquam diversum continens; & nihilominus recte defendatur, in utraque parte negatoriam actionem utrique generi actorum denegari. Hoc autem illud est, quod initio sum complexus, dum, quæ hic esset Iustiniani ratiocinatio, ostendi. Prius ergo dixit in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, ei actionem negatoriam non esse. Sed hoc ita dicit, ut velit intelligi, ideo eum negatoriam actionem non habere, quia ad petendam rem suam natura eam actionem habere non possit. Post ei, qui possidet, eandem actionem detrahit: sed aliter. Non enim ideo dicit ei, qui possidet, actionem negatoriam non esse, quia eam habere non possit per rerum ipsarum naturam: nihil enim prohibet, quo minus possessor rei cum turbatore ita experiatur, ut neget rem eius esse, eoque & quiescere eum iubeat per iudicem: nam & sic agitur interdicto. *L. 1. §. est igitur*, & *§. pen. D. uti poss.* sed cum possit natura ita experiri, qui possidet: non tamen ita agit; quia hæc actio iure ei non est prodita. Cur autem non prodita? dicam paulo post suo loco. Atque hæc de ratiocinatione Iustiniani dicta sunt, ut intelligeretur, quam recte probaret hoc modo illud, quod proposuit, in controversiis rerum corporalium actionem negatoriam proditam non esse. Nunc, si videtur, ipsas per se sententias, quales sint, consideremus.

XVII. *In his is agit, qui non possidet.* Sententia verissima & perpetua cum in

rebus

rebus corporalibus, tum in servitutibus, de quibus in rem agitur, semper eum agere posse in rem, qui non possidet. In rebus quidem corporalibus ita comparata est in rem actio, ut nec alii detur, quam non possidenti adversus eum qui possidet. *§. retinendae, Inst. de interd. L. actionum, D. de obl. & act. L. 1. §. pen. uti poss.* In servitutibus autem etsi ita in rem actio est de servitute, ut de ea agere possit qui est in possessione eius iuris, de quo agitur: semper tamen constitit, eum multo magis agere posse, qui non sit in possessione: *L. etsi, §. 1. L. sicut, §. sed si quaeritur, D. si servit. vind.* merito; eum omnis in rem actio id spectet, & in hoc sit comparata, ut res, quae abest, non possidenti restituatur. *L. qui restituere, D. de rei vind.* Sententia quidem patet latius, si alibi per se posita legatur; & vim verborum quis consideret. Hoc enim significat solum eum agere, qui non possidet: quo continetur, ut quemadmodum is recte agit, qui non possidet; ita contra si quis possidet, agere non possit; quod & verum est. Sed quoniam de possessore separatim postea dicit Iustinianus, ex sententia eius intra verba consistere oportet, & dictum accipere de eo solo, qui non possidet: quod autem ad possessorem attinet, ad sequentem clausulam referre. Idque ita facere necesse est, non tantum ut sententiae Iustiniani servire volumus; sed etiam si manifestum vitium effugere ineptissimae orationis. Nam si dixisset solum eum agere posse, qui non possidet; ut intelligeremus eum qui possidet non posse: inepte admodum idem inculcaret postea de possessore. Sed eo ineptius, quod in hac repetitione minus complecteretur, quam prius: cum prius omnem actionem detraxisset possessori: postea detrahat solum negatoriam. Sed quoniam superiorem sententiam de rebus corporalibus eo spectare dicimus, ut significetur ei, qui non possidet, in his rebus negatoriam actionem non dari, ita ut horum utrumque superiore dicto includatur: videamus, & hoc posterius quam per se verum sit. Constat enim hoc loco hanc actionem dari in servitutibus, & in hoc distingui rerum corporalium controversias a controversiis servitutum. Ac si cui actio in rem danda est, ei maxime danda est, qui ea potissimum indiget. Is autem est, qui rem non possidet. Quod cum sit in rebus corporalibus, *L. actionum, D. de obl. & act.* tum etiam in servitutibus, ut paulo ante dixi.

XVIII. Cur ergo negatoria datur de servitute; de re corporali non datur; nisi quia aut hanc actionem de servitute dari, aut eandem de re corporali non dari falsum est? Immo recte utrumque. Differentiae rationem recte hoc loco Theophilus exposuit. Dicam tamen, si potero, planius. Commune hoc est omnium actionum in rem, tam in rebus corporalibus, quam in servitutibus, ut ad rem aliquam iudicio obtinendam, sive ea res corporalis est, sive servitus, sive rei nostrae libertas, unusquisque de iure suo agere debeat, non de alieno, ut est in *L. uti frui, D. si ususfr. pet.* id est, debeat ita agere, ut dicat aliquid suum esse, non autem neget alienum. Non enim si probat non esse alienum, ideo vincit suum esse: cum possit esse tertii alicuius. Iam vero rerum corporalium natura haec est, ut qui rem quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet hic quidquam esse suum, quae res facit, ut inutilis sit agenti negatio. In servitutibus contra hoc evenit pro rei natura, ut qui servitutem vicino se debere negat, vi ipsa eadem opera adstruat rei suae libertatem, id est, rem suam liberam esse intendat: ea enim res est libera, quae servitutem non debet. *L. loci, §. competit, D. si servit. vind.* Hoc autem qui intendit, iam non negat, sed affirmat: de suo iure agit, non de alieno, ut est in *d. L. uti, D. si us. pet.* quae res ex eadem regula hanc actionem ut confessoriam admittit exemplo quoque rerum corporalium, non ut negatoriam.

XIX. *Ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.* Significat negatoriam actionem possidenti non dari: ea enim negatoria est, per quam negamus rem esse adversarii. De negatoria solum loquitur. Quid ergo, an haec sola possidenti non datur, dabitur autem confessoria? Ne haec quidem: & omnino datur nulla. Actio, inquit Ulpianus, nunquam ultro possessori datur. Quippe sufficit ei, quod possideat. *L. 1. §. pen. D. uti poss.* Cur igitur negatoriam solum nominavit, cum pariter neutra competeret? quia institutus sermo id solum postulabat: de negatoria enim solum proposuerat, tantumque opus erat probare hoc genus proditum non esse in controversiis rerum corporalium. Et quod alibi traditur, cum in una re, aut in una persona quid ademptum est, in alia re, aut alia persona relictum videri: *L. qui testamento, §. mulier, D. Qui test. fac. poss. L. cum praetor,* in princ. *D. de iud.*

in

in voluntate obscura adimentis locum habet: non etiam tunc cum constat loquentem proposito adductum esse, ut de una tantum specie proposito conveniente loqueretur: multoque minus tunc, cum ex aliis partibus iuris constat etiam in eo quod omissum est, idem esse ademptum: quorum utrumque in proposito contingit. Quid, quod ex eo, quod negatoria hic detrahitur possessori, statim colligi debuit, multo magis detrahi confessoriam? Mirum enim, si cui detur actio ad petendum, quod habet: id quod facit confessoria, si datur possidenti. Non mirum, si datur negatoria: quæ spectare potest ad id, quod habemus, retinendum. Denegatur tamen hæc ipsa hoc loco possessori. Ex quo intelligi debuit multo magis denegandam confessoriam. Ratum sit igitur, neutram competere possidenti, neque confessoriam, neque negatoriam: nec de confessoria hunc locum obstare; qui hoc confirmat potius.

XX. Sed cur actio possessori non datur? Neque enim frustra aut inepte monuit hoc loco Iustinianus de negatoria, hanc non dari, quasi nemo posset sanus de eo dubitare. Alioqui non præclare, sed multo ineptius Ulpianus, qui generaliter de omni actione scripsit, nunquam actionem ultro possessori dari. *d. L.* 1 *§. pen. uti poss.* Cur ergo, inquam, non datur? Reddit rationem ibidem Ulpianus: quia *sufficit ei, quod possideat*. Ratio idonea: sed hucusque, ut declaretur nullam fieri possessori iniuriam, si non detur ei actio non necessaria. At si dicatur, posse esse utiles has actiones ad rem nostram magis & citius obtinendam; quid prohibet, quominus & hæ dentur cum aliis remediis ad rem tenendam comparatis? Scimus enim plerasque actiones, pleraque item remedia iure prodita propter utilitatem, atque adeo propter commoditatem solam, non quia sint necessaria: cum aliæ actiones, & viæ ordinariæ iisdem de rebus possent sufficere. Mitto bonorum possessionem secundum tabulas, & contra tabulas liberis suis heredibus propositam: res in utroque genere heredum sæpe non necessarias. Quam multæ sunt actiones huiusmodi ex contractibus, quasi contractibus? maleficiis suæ sunt propriæ actiones, quæ ad consequendum, quod ex singulis causis debetur, sufficere possint: tamen de iisdem rebus proposita certi condictio, item triticiaria. Et in re furtiva quam multæ actiones concurrunt de eadem re? interdum ex contractu; semper autem condictio furtiva, vindicatio, ad exhibendum. *L. si pro fure, §. 1. D. de cond. fur.* Quæ sane vel una caussa iusta est amplius de eo dubitandi, cur hæ actiones possessori sint denegatæ.

XXI. Ostendamus igitur non solum ideo has actiones possessori non dari, quia possessio ei sufficiat: sed etiam quia actiones sint ad id quod possessor petit, plane ineptæ & inutiles. Confessoria quidem ad id quod petitur, etiam repugnans: ut etiamsi velimus, hæc possessori secundum naturam rei dari non possit. Est enim confessoria in rem actio ea, quam supra definivimus: per quam scilicet petimus rem nostram, quam eandem rem nostram, esse affirmamus: hæc enim affirmatio confessio est: unde confessoriæ nomen. At hæc intentio possessori non convenit. Quomodo enim petat, quod habet? quomodo petat sibi restitui ab eo, qui non tenet, non habet restituendi facultatem? Immo vero hoc ipso, quod se possidere dicit, utramque hanc petitionem excludit. Qui enim petit, ideo petit, ut habeat; ac propterea fatetur se id nondum habere. Repugnant igitur hæc, intendere rem aliquam penes se esse, & nihilominus eam ab alio petere, quasi non habeas. Sed & qui petit rem sibi restitui ab alio, pugnat secum, si se possidere contendens, simul dicat adversarium possidere, ut restituat: pugnat cum natura, si contendens rem penes adversarium non esse, tamen velit eum restituere. Nemo enim potest per rerum naturam restituere, quod non habet. Quare natura rerum non patitur, ut de ea re quam possidet, confessoria actione quisquam experiatur.

XXII. Non eadem negatoriæ actionis ratio. Cum enim possidenti possit fieri possessionis controversia; quid prohibet, ei actionem ultro dari, per quam cogatur adversarius amplius controversiam possessionis non facere; ipse securus possidendi facultatem consequatur? Hoc & natura rei recipit, & in servitutibus admissum est: neque id aliter, quam negatoria actione. *L. pen. §. ult. D. si us. pet.* Nec quisquam dixerit hoc solum in servitutibus nec possidenti datum: nam & possidenti actio datur in hoc genere, ut mox dicetur. Quid, an non interdictum uti possidetis datur possessori, cui sit controversia possessionis? *L. 3. §. 1. §. seq. D. uti poss.* Interdictum autem & ipsum actio est. *L. actio, D. de obl. & act.* Qui minus igitur detur actio negatoria, per quam quis sibi eodem modo possessionem tueatur? Et certe neque possessoris utilitas, neque per se actionis natura

tura repugnat, si quis modo in actione nihil amplius obstet, quam quod actio est. Sed ad naturam actionis in rem, qualem nunc negatoriam intelligimus, est inutile. Est enim omnis actio in rem iure civili non ad possessionem rei constituendam prodita; sed prius ad dominium & ius plenum rei, de quo & iudex prius pronuntiare debet; deinde eo, ut cuius res esse sententia iudicis declaratum fuerit, illi & res restituatur. Sic observatur etiam in servitutibus de ea servitute, quam quis suam esse intendit confessoria actione. *L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *D. si servit, vind.* Non dubium, quin valeat & in negatoria actione de libertate, quam actor itidem suam esse intendit, *L. loci*, §. *competit*, *D. eod.* cum sententia intentioni debeat esse consentanea. *L. ult. C. de fid. lib.* Porro ut efficiatur rem nostram esse, negatoria non agitur: quippe quae ad eam rem sit inutilis: nemo enim ideo se dominum esse, aut rem suam esse confirmat, quia negat rem esse adversarii: cum fieri possit, ut sit neutrius. Non ergo vere tantum dictum est hoc loco, possessori negatoriam actionem non dari; cui consequens fuit multo minus dari confessoriam: sed etiam intelligitur, quam recte dicatur utrumque; & ne supervacuum videatur de eo nos moneri, quae fuerit de utroque dubitationis caussa.

XXIII. Nunc hoc monendi sumus dicta haec esse in utraque actione de possessore rerum corporalium; ius ad servitutes non pertinere. Nam in servitutibus placet eundem possessorem iuris esse posse, & petitorem; id est, & eum qui est in possessione servitutis, nihilominus de servitute agere posse confessoria; & eum contra, qui est in possessione libertatis posse de iure suo agere negatoria, quod traditur & declaratur exemplis in *L. etsi*, §. *sciendum*, *L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *D. si servit. vind.* Non adversatur, quod hic simpliciter dicitur, ei qui possidet, negatoriam actionem non esse proditam. Repetendum est enim illud quod proposuit, in controversiis rerum corporalium, quod & repetit initio huius actionis: ait enim; *nam in his is agit*. In his, intellige, controversiis rerum corporalium: & idem in tota ratione intelligendum est, si modo ratio ad id, quod propositum est, recte refertur. Sed & illud Ulpiani simpliciter dictum, actionem nunquam ultro possessori dari, *d. L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* non ad alias res pertinet. Scriptum est enim ad interdictum uti possidetis, & de iis rebus, de quibus competit interdictum; competit autem de rebus corporalibus & soli. *d. L.* 1. in pr. & §. *inter. uti poss.* Postremo, ut nihil dicatur amplius, quam actionem possessori non dari, ipsum possidendi verbum satis docet, dictum hoc esse de rebus corporalibus: solae enim possidentur res corporales; incorporales, quales sunt servitutes, non possidentur. *L.* 3. in pr. *D. de acq. poss. L. servus.* §. 1. *D. de acq. rer. do.* Ut appareat in his, quae de dissimilitudine actionum in rem diximus, cum de rebus corporalibus agitur, aut de incorporalibus, duas has differentias statui inter istarum rerum actiones. Priorem hanc de, qua supra diximus, positam in genere actionis; quod de rebus corporalibus negatoria actio nulla est: de servitutibus est prodita ei, qui neget se servitutem debere. Alteram positam in possessione istarum rerum: quod in rebus corporalibus sive est negatoria, sive confessoria, nunquam alterutra possidenti datur; in servitutibus utraque tam ei, qui possidet, quam qui non possidet. Ex quo incidit rursum res in dubitationem. Cur enim quae actiones in rem in utroque genere rerum competunt, cum sint de rebus nostris quas petimus, non pariter competunt iis solis, qui non possident, aut pariter omnibus, sive possideant, sive non possideant?

XXIV. Sed quoniam iam ostendi rationem constare, cur in rebus corporalibus actio possidenti non detur: solum relinquitur dubium, cur idem non recipiatur in servitutibus. Dubitationem movet exemplum eiusdem actionis in utroque genere rerum. Augent haec dubitationem. Nam si actiones de servitutibus in rem sunt, ut sunt: *L.* 2. *si servit. vind* necesse est esse adversus possessorem. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Quod si adversus possessorem, is qui agit possessor esse non potest, quoniam duo eandem rem possidere non possunt. *L.* 3. §. *ex contrario*, *D de acq. poss.* Sed & quod dicitur necesse esse inter litigantes alium petitorem esse, & alium possessorem, nec posse aliter rem expediri: *L. inter*, *D. de iud.* §. *retinendae*, *Inst. de interd.* generaliter dictum est, & ad omnes controversias pertinet, in quibus quid petimus a possessore. Quare non videtur ius pati ut in servitutibus quidem, ut idem sit & petitor iuris & possessor. Sed & Ulpiani haec ratio est, quominus possessori detur actio; sufficit, inquit, ei quod possidet. Cur haec non aeque dicamus in servitutibus? Et de his sit hoc responsum, omnino

mnino in servitutum quoque controversiis alterum ex litigatoribus possessoris partibus fungi debere, alterum petitoris: aliter litem expediri non posse. Sed & de eo non dissimiliter statui, atque in controversiis rerum corporalium, ut qui est in possessione eius iuris, de quo agitur, is possessoris partes sustineat, etiam si maxime actionem instituerit, alter petitoris. *d. L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *L. etsi*, §. 1. *D. si servit. vind.* Hoc dissimile, quod qui in ea possessione est, potest ultro agere de eo iure, quod sibi defendit, sive is servitutem sibi vindicet, sive libertatem. Non impeditur hoc ratione Ulpiani superiore, sed efficitur: atque hic differentiae ratio inter res corporales & servitutes constitit. Non datur, inquit, possessori actio: quia sufficit ei, quod possidet. Propone aliquem pro possessore esse, cui tamen hoc non sufficiat ad rem tenendam. Continuo huic actionem dederis, quia cesset ratio, quae actionem adimebat. arg. *in L. quod dictum*, *D. de pact.* At hoc in illa quasi possessione servitutum accidit; quod non item fit in rerum corporalium detentione. Res corporales qui tenet, eas habet apud se, ut quandiu ita habet, non metuat, ne sibi ignoranti auferantur. Denique sic habet, ut sint in eius potestate, non alterius: quod illi ad iustam securitatem est satis. At qui est in possessione servitutis, is nihilo magis servitutem apud se habet, aut habet in sua potestate. Servitus enim omnis quia a re aliena debetur, etiam in alieno est, non in nostro: in eius a quo debetur potestate, non in nostra: ut possit is quoties velit, & scientibus & ignorantibus nobis prohibere nos usu servitutis. Ususfructus aut actus mihi constitutus est in fundo tuo, & te patiente aliquandiu sum usus servitute: qui usus me possessorem facit. *L. ult. D. de servit.* Tu tamen fundum occludere potes ut dominus, cum videtur, & impedire usum servitutis. Tignum habeo immissum in parietem tuum; ego sum possessor. *d. L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *si servit. vind.* Totum hoc tamen in tua potestate: licetque tibi efficere, quoties velis, ne immissum habeam & ignorante me & invito, vel tignum praecidendo, vel parietem quo tignum immittitur diruendo. Quae res facit, ut effectu nec servitutem possidere videar, sed adversarius: certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus. Quamobrem merito haec actio necessaria visa est, quo consequar fruendi, utendive securitatem. *L. pen.* §. *ult. D. si servit. vind.* Eadem ratio libertatis, cuius nomine negatoria agitur. Nam & libertatis huius possessio est in patientia vicini, qui nos possessione rei nostrae libere uti patitur: nec alia re interpellatur haec libertas, quam cum aliquis facit nobis possessionis controversiam; nos nostra possessione uti prohibet. *L.* 3. §. 1. §. seq. *D. uti poss. L. vim facit. D. de vi.* Haec autem patientia vicini res aliena est: non in nobis, sed in vicino: quam ille, si aliquando praestitit, potest non praestare, quoties velit. Eo nec satis eam libertatem videmur possidere, etsi cum agitur, simus in eius possessione: aut si quis possidere nos putet, non tamen sufficit ad securitatem, quod ita possidemus. Quae & ipsa caussa etiam hoc modo possidenti actionem negatoriam dedit, huc spectantem, ne dominus in posterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus in *d. L. pen.* §. *ult. D. si us. pet.* Illuc redeo, quod hic dicitur, ei qui possidet negatoriam actionem non esse proditam; & quod alibi traditur generaliter, actionem nunquam ultro possessori dari: de actionibus rerum corporalium dictum esse: in servitutibus locum non habere, etsi hae interdum dicuntur possideri.

XXV. Sed videndum, num falsum sit & in rebus corporalibus. Nam in *L. officium*, *D. de rei vind.* traditur dominum rem suam vindicare posse ab omnibus qui tenent, & habent restituendi facultatem: puta ab eo apud quem deposita est, vel cui commodata, vel qui conduxit, aut qui legatorum servandorum caussa, vel dotis ventrisve nomine, vel quia damni infecti nomine ei non cavebatur: in possessione est. Atqui hi omnes non possident, ut ibidem adiicitur. Sunt hi in possessione. Solus est dominus, qui per illos possidet. §. *possidere*, *Inst. de interd.* Sic fit, ut qui vere possidet, idem recte rem suam vindicet ab eo qui tenet, atque ita detur actio, & in rem actio etiam ei, qui possidet, & quidem rem corporalem, quod supra negavimus. Et verissime dicitur, eum qui possidet, posse rem suam, quae ab alio tenetur, petere ab eo qui tenet. Quo enim plus iuris est actori in re possessa, eo citius ei actio in rem danda est ad rem suam obtinendam: dum is conveniatur, qui potest conveniri: potest autem, qui rem tenet, & habet restituendi facultatem. *d. L. officium.* At dominus si possidet, hoc ipso plus iuris habet in re possessa, quod possidet: sic enim accedit possessio ad ius dominii confirman-

Digitized by Google

mandum. Quare si potest dominus rem petere etiam qui omnino non possidet, quod constat: multo citius ei dabimus actionem, qui rem possidebit, si eam non teneat. Falsum ergo, dicet aliquis, aut contrarium, quod dicitur cum hoc loco, tum ab Ulpiano, ei qui possidet, actionem non dari. Immo verum utrumque, neque alterum alteri contrarium: dum sciamus, quem utrobique possessorem vocemus. Cum dicimus eum agere posse, qui possidet, si alius rem teneat, neque restituat: aperte possessoris verbo eum demonstramus, qui vere possidet, & ea possessione, quæ iure consistere dicitur, non corpore in *L. nemo*, *C. de acq. pos.* Cum autem dicitur simpliciter eum agere non posse, seu ei actionem non dari, qui possidet: possessor intelligendus est is, qui rem tenet, & penes se habet, exigente ita natura & fine actionis, de qua agitur. Videndum est enim, cur id dicatur: nempe quia rei restitutionem persequitur in rem actio: quæ petitio non tantum supervacua est, sed etiam sæpe absurda in eo qui rem tenet. At est etiam necessaria ei, qui quanvis rem possideat, tamen corpore non tenet. Hic enim non minus laborat, ut res sibi restituatur, quam si omnino non possideret. Quapropter & ei dabimus, postulante id fine actionis. Nec aliud sensit Ulpianus, cum dixit nunquam ultro actionem possessori dari, ut ratio ab eo subiecta declarat: *quippe*, inquit, *sufficit ei*, *quod possideat*. Hoc quidem recte dicitur de eo, qui tenet: de eo autem, qui non tenet, quanvis possideat interpretatione iuris, non recte dicitur. Nequaquam enim huic sufficit ista possessio, quæ nihilo plus ei prodest, quam si nullo modo possideret. Nec mirum sit in actoris persona possessorem a nobis sic accipi, cum aut non possidenti dicimus actionem dari, aut possessori non dari. Nam & cum de reo agitur sic & possessoris verbum accipi constat ex eodem fine & natura actionis. Traditum est enim diserte eodem auctore Ulpiano in *L. actionum*, *D. de obl. & act.* actionem in rem esse, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum esse, qui possidet. Hic vero convenit possessorem latius accipi eum qui rem tenet, & habet restituendi facultatem, etiam si vere non possideat, id est, non ut suam, non animo dominantis. *d. L. officium*, *de rei vind.* Non alia id quidem de caussa, quam quod convenit fini & naturæ actionis, quæ nihil nisi restitutionem rei postulat. Sit ergo & possessoris eadem significatio, cum de actore dicitur possessori actionem non dari: quando & restitutionis, quæ petitur, natura id postulat: quæ ei non convenit, qui tenet: necessaria est ei, qui non tenet, etiamsi possideat. Ad quod confirmandum cum accedant aliorum locorum sententiæ, & quidem eiusdem auctoris Ulpiani, quibus declaratur eum qui possidet, non tenet, rem vindicare posse: quin iam superiora illa verbis contraria de eo qui tenet interpretanda sint, dubitare non debemus. Neque id solum significat Ulpianus in *d. L. Officium*, *de rei vind.* sed prope diserte expressit in *L. naturaliter*, *§. 1. D. de acq. pos.* cum ait non denegari ei interdictum, uti possidetis, qui cœpit rem vindicare: non enim videri possessioni renuntiasse eum, qui rem vindicavit. Admittit igitur aperte eum rem vindicasse, cuius possessio fuit, quam & post vindicationem retinet.

XXVI. *Sane uno casu*. Quod dixerat ei qui possidet, negatoriam actionem non dari, quo innuitur multo minus dari confessoriam, eoque nullam dari: hanc habet significationem, ut is qui possidet, in rem agere non possit. Id quoniam sic accipi poterat, quasi nec effectu posset pro actore esse, id est, partes actoris obtinere, ideo interpretatur, & hoc posterius quod videri poterat, removet, ac velut excipit. Estque hæc sententia, quasi ita scripsisset: sane quod dixi eum qui possidet, non agere, non sic accipiendum est, quasi nec possit agere, nec obtinere partes actoris. Etsi non agit: potest tamen actoris partes obtinere: id valet, probandi onus sustinere: *L. si prius*, in fin. *D. de op. no. nunt. L. circa*, *D. de prob. L. inter*, *D. de iud.* hæ autem dicuntur actoris partes, quia is semper intendit, aut dicit aliquid. Semper autem probatio eius, qui dicit, non eius qui negat. Unde & probatio semper actoris, quatenus ei contradicitur. *L. 2. L. verius*, *D. de prob. L. actor*, *C. eod.*

XXVII. Quæ & ipsa res facit, ut non sint hæ partes possessoris: qui ex hoc iure etiam si dominus non sit, tamen actore non probante possessionem retinet, quanvis nihil ipse de iure suo aut dixerit, aut probaverit: *L. qui accusare*, *C. de ed. L. ult. C. de rei vind.* atque inde dictum, illud onus petitoris; hoc commodum possessoris. *d. L. inter. de iud. §. retinendæ*, vers. *commodum infra de interd.* Potest ergo qui possidet, actoris partes obtinere, ut probandi onus ei incumbat non secus, quam actori.

Digitized by Google

XXVIII. Sed addit Iustinianus, fieri id, *uno casu*, nec de casu quidquam exprimit, aut etiam vel leviter significat: tantum adiicit; *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*. Quis est ergo iste unus casus? Et si lectio vulgaris recta esset, aut ullo modo posset defendi: tentarem & ipse cum innumeris aliis, num posset hic casus & a nobis inveniri, aut ab aliis bene inventus num quo modo recte posset constitui, ne toties de eo ambigeretur. Sed si quod multi docti viri sentiunt, aperte falsa sententia, & vitiosa lectio est; de remedio potius cogitandum cum illis, quam stulte laborandum in eo investigando, quod quia non est, omnino inveniri non potest. Quod & mihi vel maxime videtur. De quo tamen quia dubitatur a maxima parte interpretum, qui non sine caussa temeritatem istam correctionum non secus ac pestem fugiunt, & tanquam iocularium quendam & puerilem ludum a certitudine doctrinæ & prudentia exclusum ad pueros relegant; visum est de eo certius aliquid dicere, ubi animus legentium & veri amantium fortasse acquiescat. Ne ergo in posterum lectionis istius vulgaris religio hic magnopere nos teneat: constitui docere, primum sententiam perspicue falsam continere, frustraque in ea, ut ex Digestorum libris, retinenda laborari. Tum autem ne Iustinianum quidem ipsum, aut quisquis auctor est, ita scripsisse, idque ex ipsis verbis posse constare. Primum non difficile est probare aperte falsam sententiam esse hanc, eum qui possidet, uno tantum casu actoris partes obtinere. Quam multi enim sunt casus, & varii, in quibus id accidit? Qui possidet, a quo res iudicio petitur, innumeris exceptionibus se tueri potest, ne condemnetur: puta quod de eadem re iam iudicatum sit inter easdem personas: quod transactum sit; quod possessor longo tempore possidendo rem suam fecerit, & si quæ sunt similes. At in exceptionibus reus actor est. *L. 1. D. de excep.* Neque hoc aliud est, quam eum onus probandi, id est, actoris partes sustinere, ut explicatur in *L. in exceptionibus, D. de prob.* Qui possidet, si patitur possessionis controversiam, agit interdicto uti possidetis: propositum est enim hoc interdictum possessori huius ipsius possessionis tuendæ & retinendæ caussa. *L. 1. §. est igitur, D. uti poss. § retinendæ, infra de interd.* Quod si agit, idem & probandi onus sustinet, quæ sunt, ut dixi, partes actoris *L. verius, D. de prob.* In tribus iudiciis duplicibus, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, quæ iis & adversus eos dantur, qui res communes, aut confines possident, singuli & actores sunt, & rei. *L. iudicium communi, D. fin. reg. L. inter, §. qui familiæ, D. fam. ercisc.* Ergo & reus qui possidet, quoniam in his actor est, etiam in his actoris partes sustineat, necesse est. In præiudiciis & hoc evenit, ut quoties operæ petuntur a liberto, aut quid aliud ab eo desideratur, si libertus neget, reddatur præiudicium, seu actio præiudicialis patrono: in qua is qui se patronum dicit, probare debet se patronum esse, & ita partibus actoris fungi, quanvis forte is possessor fuerit, & libertus in possessione libertinitatis. *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. si lib. ing. esse dic.* An ergo hic unus casus, ac non potius prope innumeri, in quibus qui possidet, idem & actoris partes obtinet? Vertamus nos in omnes partes, quas volemus: si vel in his casibus solis (sunt enim etiam plures, ut in eo qui ultro suscipit in se partes probationis ex *L. circa, D. de prob.* ut in eo, in quem quia rem non defendit, transferuntur partes actoris in *L. si prius. D. de op. no. nunc.* de quibus nonnihil postea) si, inquam, vel in superioribus solis, de quibus constat, is qui possidet, actoris partes obtinet; necesse est falsum esse uno tantum casu eum qui possidet, has partes obtinere. Contraria enim sunt, atque adeo aientia & negantia, non amplius quam uno casu hoc contingere: &, idem contingere pluribus casibus, quam uno. Atque hoc quidem ita necesse, ut nullo ingenio possit infirmari; nisi quid adferatur, quo probetur sententiam Iustiniani non pertinere ad superiores casus. Sed manifestum est omnes verbis eius definitionis contineri. In omnibus enim est, qui possidet, & idem actoris partes obtinet. Nihil autem amplius dicit Iustinianus, quam eum qui possidet, interdum partes actoris obtinere.

XXIX. Immo, aiunt quidam, ad eos casus definitio Iustiniani non pertinet: quoniam in his proponitur quidem is, qui possidet, & idem qui partes actoris obtinet: sed hoc accedit, quod & possessor iste prius agit, ut in interdicto uti possidetis, in duplicibus iudiciis, in præiudicio; aut pro actore habetur, ut in exceptionibus: sic deinde tanquam actor non mirum, si partes actoris obtinet. Iustinianum autem loqui volunt de eo tantum qui possidet, & ut possessor tantum, non

ut

ur actor actoris partes obtinet. Quod perspicue refellitur, primum quidem verbis: magis tamen reipsa, & falsitate ipsius sententiæ. Verbis quidem aperte. Ut enim iam dixi, nihil amplius scribit Iustinianus, quam eum qui possidet, nihilominus actoris partes obtinere. In superioribus autem casibus is qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet totidem verbis. Quare ad hos casus definitio omnino pertinet. At enim in his is qui possidet, prius agit, aut pro actore est. Plane: sed & ille verbis definitionis continetur. Nam qui ita agit, aut pro actore habetur, nihilominus possidet. Unde recte ita dicemus pro perpetua regula interpretationis apud omnes iuris auctores recepta: Iustinianus generaliter loquitur de eo, qui possidet, nec adiicit, qui actor non est, aut pro actore non habetur. Proinde quisquis possidebit, & nihilominus obtinebit partes actoris, is continebitur Iustiniani definitione: parumque refert, an prius agat, an vero aliter tantum sit possessor. Perpetua hæc collectio est veterum in similibus orationibus generaliter scriptis, ut in *L. metum*, 9. §. 1. *D. Quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de publici.* Sed in primis refellitur ista sententia re ipsa, cum ita statuit posse aliquem possessorem actoris partes obtinere, qui possessor tantum sit, nec prius habeatur pro actore: atque adeo de hoc solo definitionem Iustiniani intelligendam. Nunquam enim possessor aut reus quisquam partes actoris sustinere potest, nisi sit quod probare cogatur: hæ enim sunt, ut dixi, petitoris partes, necesse habere aliquid probare. *d. L. si prius*, *D. de op. no. nunt.* Nunquam autem quisquam has partes sustinet, nisi qui aut prius agere cogitur, aut conventus prius intendit aut dicit aliquid, quod probare debeat: nam quid aliud probare debet, quam id quod dicitur: aut cui probatio incumbit, nisi ei qui dicit? non enim unquam incumbit ei qui negat. *L.* 2. *D. de prob. L. actor. C. eo.* At quisquis dicit aliquid, etiam si sit reus, in eo quod dicit, actor est, aut si malumus, pro actore habetur; ut reus in exceptionibus, & allegationibus suis omnibus. Unde & in his onus probandi sustinet. *L.* 1. *D. de exc. L. in exceptionibus*, *D. de prob. L.* 1. *C. eod.* Vel ipse ille casus, quem isti pro exemplo adferunt, in quo possessor non sit actor, & nihilominus actoris partes sustineat, abunde id ostendit, quod dixi, atque ipsos refutat. Proponunt speciem Africani ex *L. si prius*, *D. de op. no. nunc.* in qua possessor ædificii conventus confessoria aut negatoria actione, si ædes non defendit, de quarum servitute aut libertate agitur, actoris partes sustinere cogitur, quanvis nec egerit prius, nec exceptione ulla sit usus. Sed animadvertere debuerunt id quod est in principio eius responsi, eum qui illic rem non defendit, ideo cogi sustinere partes actoris, quia & prius agere cogitur: sic enim Africanus: *partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se ædificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius ædes tollere.* Agit ergo prius reus, & intendit ius sibi esse altius ædes tollere: sic deinde quia actor est, & intendit quid, id quod intendit, probare cogitur. At agere hoc modo cogitur. Nihil nunc ad rem pertinet, quomodo agat, volens, an invitus. Satis est quod agit, nec prius ad partes probandi venit, quam ita egerit: ut semper verum sit neminem partes actoris sustinere, nisi qui prius actor sit, aut habeatur pro actore: quod isti negant, nos affirmamus, & vel uno hoc exemplo abunde declaratur. Quod ut dici non posset: tamen semper illuc rediremus, Iustinianum nihil amplius dicere, quam eum qui possidet, interdum actoris partes obtinere, nec quidquam adiicere de possessore, agat prius, an secus. Id cum certo accidat in superioribus casibus totidem verbis, quibus definitio Iustiniani expressa est: plane efficitur id non contingere uno tantum casu. Nunc cum hoc accedat, ut nunquam possessor quisquam obtineat partes actoris, nisi prius se pro actore gerat, aut vere agens, aut intentione & defensione aliqua utens: res eo deducitur, ut nec de alio possessore Iustinianus sentiat, eoque necesse sit, ut is possessor, de quo sentit, innumeris pene casibus actoris partes obtineat, non uno duntaxat. Etsi autem hoc plus quam satis est ad refellendos omnes eos, qui unum hunc casum statuere conantur; quia quemcunque attulerint, semper in promptu erit opponere superiores, in quibus idem statuatur: tamen ne qua sit hæsitatio, operæpretium est cognoscere, quem alii isti casum esse velint, in quo uno qui possidet, actoris partes obtinet. Sic enim certius intelligetur, quam id falsum sit: nec aliis auctoribus magis, quam iis ipsis, qui id statuunt. Non enim qui hunc casum unum quærunt, sentiunt idem; sed ita discrepant inter se sententiis, ut quem casum unus statuit, statim is illi ab aliis eripia-

eripiatur. Mitto ea, quæ hic afferuntur ab Accursio, quæ nec speciem veri habent, & ab aliis omnibus satis refutantur. Dicam quæ allata sunt ab iis, qui in hac re plus aliis vidisse existimari possunt.

XXX. Fuerunt ergo nostra ætate, qui hunc casum statuerent in interdicto uti possideris: hac ratione scilicet, quod in hoc interdicto solum accideret, ut simul quis possideat, & nihilominus agat. Falsa, & ad id de quo quæritur, plane inepta sententia. Falsa, quia accidit hoc idem in duplicibus iudiciis, & in præiudiciis interdum, ut ostendi: accidit in servitutibus. *L. etsi, §. 1. si ser. vind.* Inepta, quia ad rem plane non pertinet, nec quidquam efficit pro eo casu, de quo quæritur. Esto enim, qui possidet, uno tantum casu agat. At certe qui possidet, non uno casu partes actoris obtinet: de eo autem nunc agitur, an partes has obtineat, non an agat.

XXXI. Quidam hunc casum unum statuunt in servitutibus: de quibus hoc traditur in *d. L. etsi, §. 1. si servit. vind.* in his eundem possessorem esse iuris, & petitorem. Deterius hoc multo, quam superius. Primum laborat iisdem vitiis. Nam ut dicamus eum qui possidet in servitutibus, agere posse; etiam si contingeret solum hoc casu, tamen nihil ad hunc locum, ubi non agitur de eo possessore, qui agit, sed de eo, qui partes actoris obtinet. Quod posterius multis aliis in caussis accidit. Deinde hoc etiam falsum, in servitutibus solis eum qui possidet, posse actorem esse. Et hoc multis aliis casibus accidere, paulo ante indicavi. Sed accedit hoc tertium vitium maius, quod superiores eum casum adferunt, in quo etsi is qui possidet, agit, & non agit solum eo casu, quæ sunt aliena: tamen saltem idem actoris partes obtinet: id quod is casus cum hoc loco commune habet. Illi autem in servitutibus afferunt eam speciem, in qua is qui possidet, etsi agit, tamen non actoris partes sustinet, sed possessoris: hoc enim diserte ita traditur in *L. sicut, §. sed si quæritur, D. si servit. vind* quod plane pugnat cum hoc loco.

XXXII. Alii his repudiatis, quod sane difficile non fuit, putant se hunc casum reperisse in ea specie Africani, quam supra commemoravi ex *L. si prius, D. de op. no. nunt.* Ubi in actione confessoria aut negatoria, si is cum quo agitur, rem de cuius servitute aut libertate agitur, non defendit; iam dixi placere in eum partes actoris transferri, ut qui prius erat reus, ultro agere & partes actoris sustinere cogatur. Et quidem ego agnosco in hac specie eum casum, in quo qui possidet, actoris partes obtinet. Sed iam satis ante docui non minus & hoc accidere in iis casibus, quos initio proposui. Ex quo apparet ne hunc quidem esse unum casum, in quo id accidat: de quo nunc quæritur.

XXXIII. Si quid in hoc genere probabiliter dici potest, reperietur maxime id esse, quod Petrus Bellaperticensis olim scripsit, casum istum unum, de quo Iustinianus loquatur, esse hunc, cum libertus qui erat in possessione ingenuitatis, & generaliter reus qui possidet, suscepit in se onus probandi suum esse, quod intendit, ut hoc probato secundum se sententia feratur iuxta *L. circa, D. de prob.* Nam si verba ad vivum resecare volumus; hic unus casus esse videtur, in quo vere & apposite dicatur possessor obtinere partes actoris: cum in cæteris omnibus superioribus potius dicatur actoris partes sustinere. *d. L. si prius*, in fin. *D. de op. no. nunt.* Sustinemus enim inviti, quæ imponuntur, ut in superioribus casibus. Obtinemus volentes, quæ suscepimus, & quidem ea maxime, quæ prius ultro petiimus: quod in uno hoc casu proposito contingit. Itaque non temere est, quod Ioannes Faber, & alii nonnulli idem sequuntur hoc loco. Et sæpe, fateor, exemplum me movit. Sed re diligentius expensa animadverto totum hoc dici probabiliter & in speciem magis, quam vere.

XXXIV. Eadem enim & in hoc casu probandi necessitas est, quæ in superioribus, eadem, inquam, plane, non alia. Cur enim qui agit interdicto uti possidetis, probare debet se possidere? quia se possidere intendit, & secundum id iudicari postulat. Cur in exceptionibus reus possessorve exceptionem velut intentionem probare debet? quia scilicet intendit quod est in exceptione, & hoc probato, secundum se iudicari postulat. Atqui idem agit, & intendit libertus qui ex possessione ingenuitatis se dicit ingenuum; idem possessor qui rem suam esse intendit, ubi hæc ita intendunt, ut secundum intentionem suam sententia feratur: de qua specie agitur in *d. L. circa, de prob.* Neque vero ut id obtineant, sufficit dicere, quæ intendunt, sed etiam eos intentionem suam implere oportet, non minus quam superiores. *L. 2. d. L. in exceptionibus, D. de prob.* An non igitur hic eadem intentio possessori, & ex intentione eadem necessitas probationis? Plane illo

modo

modo per omnia. Non habet quidem necesse libertus suscipere has probationes, si satis habeat manere in possessione ingenuitatis, & pronuntiari se non esse libertum actoris. Sed si velit amplius pronuntiari ingenuus, ut & se esse intendit, de quo liberto agitur in *d. L. circa:* non minus & hoc probare cogitur: alioqui non obtinebit, quod intendit. Denique ita reperiemus nullam esse probationem in iudicio intendenti quid, & vincere postulanti, nisi necessariam. Si non vult quis intendere, aut cum intenderit, non studet vincere; liberum est ei non probare. At si velit obtinere, quod intendit, hæc iudicii lex est, ut sive actor est, sive reus, probare necesse habeat, neque unquam solum dicenti creditur repugnante adversario. *L. si quidem, C. de prob. d. L. 2. D. de prob.* At enim in hoc casu liberum est liberto non suscipere probationes. Iam dixi esse liberum, si de ingenuitate non laborat vincere. Sin ingenuum se esse intendit, & hoc obtinere vult, qualem nunc proponimus: nihil est certius, quam eum probare debere. Neque hoc aliter fit in superioribus casibus. Nam qui agit interdicto, liberum est ei non agere, & ita non suscipere partes actoris, seu probandi. Et qui exceptione utitur, liberum est ei non uti, & ita non implicare se necessitate exceptionis probandæ. Sed ideo illi probare coguntur, quia hanc necessitatem volentes sibi imposuerunt: ille agendo: hic exceptione utendo, & ambo id intendendo, in quo obtinere studeant. Et si breviter dicendum est in omnibus his casibus una inest necessitas probationis, non absoluta, sed generaliter ea, quæ dicitur consequentiæ, seu necessitas cum adiectione. Absolute nemo in his necesse habet probare. Potest enim quisque non intendere, quod intendit: nemo enim agere, aut in iudicio intendere quid invitus cogitur. *C. ut nemo inv. ag. vel ac. cog.* Sed & qui intendit, potest pati se vinci. At hoc posito, ut quis quod intendit, cupiat obtinere, & secundum id sententiam ferri: consequens est, ut id probare necesse habeat. Alioqui non obtinebit. Quod & ipsum plane in hoc postremo casu contingit.

XXXV. Secundum quæ facile est respondere de verbis, *obtinendi*, & *sustinendi*, quo intelligamus utrumque in superioribus omnibus casibus recte usurpari, & tribui ei, qui probatione utitur. Quisquis partibus actoris, id est, probandi fungitur in petitione, aut intentione aliqua; si initium agendi & intendendi spectamus, recte dicitur eas partes obtinere, ut hoc loco; quoniam ita agendo aut intendendo eas partes sibi imposuit: voluit enim agere, atque adeo ad victoriam has partes ultro expetiit. Sin spectamus id quod actionem & intentionem sequitur: dicendus est eas partes sustinere: quia hoc suscepto, ut agat & intendat quid, atque in eo vincat; sequitur, ut quod intendit, probare necesse habeat. Quare cum in hoc casu nihil dissimile sit a superioribus circa partes actoris, & onus probandi: sit hic quoque idem, quod supra, ut ne hic quidem unus casus sit, in quo potius quam in superioribus, is qui possidet, actoris partes aut obtineat volens, aut si malumus, sustineat invitus.

XXXVI. Sed & hoc de hoc casu postremo recte responderi potest; etsi concederemus in eo solum accidere, ut recte diceretur possessor actoris partes obtinere, non sustinere: tamen aut de eo casu non sensisse Iustinianum, ut proinde non debuerit sententia Iustiniani ad hunc casum referri: aut certe hunc casum non magis unum esse in hoc genere; quam unus est in superioribus, in quibus quis probare cogitur, & partes actoris proprie sustinere videri potest. De hoc quidem casu non sensisse Iustinianum sic potest liquere. Apparet Iustinianum de eo casu loqui, qui sumetur ex Digestorum libris; ad illos enim nos revocat. Hic casus si inde sumitur, non alius erit, quam qui expressus est in *d. L. circa, de prob.* Et vero Petrus inde sumpsisse se profitetur. Is autem est, cum libertus, qui est in possessione ingenuitatis, & cum quo agit is, qui se patronum dicit, fiducia ingenuitatis suæ ultro in se suscipit probationes ad hoc, ut ingenuus pronuntietur. At hic casus huic loco & proposito Iustiniani convenire non potest. Cum enim hæc verba, *Sane uno casu*, exceptionem aut interpretationem præcedentis sententiæ habeant; non possunt nisi de ea re esse, de qua prior sententia est, ad quam referuntur, vel in totum vel ex parte: quod proprium est exceptionis & interpretationis omnis, ac temperamenti subiecti. Iustinianus autem prius dixerat de eo qui possidet rem corporalem, cui negavit actionem dari. Quare si hoc temperare vult in his verbis, ut vult: necesse est, exceptio vel interpretatio sit in totum vel ex parte de re corporali. Porro ingenuitatis caussa, quæ sumitur ex *d. L. circa*, nulla ex parte est de re corporali. Quo efficitur neque hunc casum convenire huic loco, neque de eo Iustinia-

num

num fentire: ut profecto non debeat dici possefforem in eo cafu partes actoris obtinere ex fententia Iuftiniani, ubi is de eo non fenferit. Quod fi producimus *L. circa*, & porrigimus hunc cafum etiam ad cauffam proprietatis in iudiciis rerum corporalium, quo poffeffori poteftas fiat probandi rem fuam effe, ut fic deinde fecundum eum iudicetur, ut fecit Petrus: non iam is unus cafus eft, qui legitur in *d. L. circa:* fed plures, ut five agatur ingenuitatis cauffa, five libertatis, five partus, five proprietatis, hæc facultas fufcipiendi in fe probationes admittatur, & qui fufcepit, cum poffideat, nihilominus partes actoris obtineat. Sed nihil opus eft hac defenfione; quamvis per fe abunde idonea, ut probetur, ne hic quidem unum cafum effe eum, de quo hic agitur. Illud tenendum eft, etiamfi hic locus cauffam ingenuitatis admittat, & unus fit hic cafus, in quo quis probationes ultro fufcipiens audiatur; tamen in hoc cafu eadem effe omnia, propter quæ dici debeat eum qui poffidet, actoris partes vel obtinere, vel fuftinere fimiliter ut in fuperioribus cafibus omnibus. Nam & in hoc cafu, qui fufcipit in fe probationes de ingenuitate fua, prius ingenuum fe effe intendit, & in hac intentione actor eft non fecus, quam qui alias res fibi vindicat, aut reus qui exceptionis intentione utitur: & præterea intentione ad victoriam fufcepta, fequitur non minus, ut neceffe habeat probare intentionem. Quæ fi omnia eadem funt & in hoc cafu, & in omnibus, in quibus qui poffidet, actoris partibus fungitur, ut is pariter recte dicatur partes actoris obtinere, & fuftinere: cum appareat hos cafus non folum plures effe, fed etiam pene innumeros, perfpicuum fit, nihil magis verum, aut ratum haberi debere, quam non uno cafu eum qui poffidet, partes actoris obtinere eodem modo; nempe & intendentem quid prius, & ab initio volentem, intentione autem fufcepta coactum. Nihil autem magis falfum, quam uno tantum cafu id contingere. Quid ergo? recedemus a lectione vulgata, conftanter recepta pene in omnibus exemplaribus; quam eandem iam olim ab initio Accurfius & qui ætate fuperiores erant, folam agnoverunt? Sane vero hoc relinqui apparet, nifi aperte falfum tueri volumus. Nam quominus id ita falfum fit, ne Iuftinianus quidem ulla auctoritate fua efficeret; atque adeo ne principes quidem omnes in unum collecti. Illud potuit efficere Iuftinianus, ne amplius quam uno cafu is qui poffidet, actoris partes obtineat, ubi eum cafum exprimeret. At ut verum fit plures non effe in Digeftorum libris, quam unum, ubi liquido conftet plures effe: hoc vero non potuit. Quod cum ita fit, melius eft omnino hic errorem fcribentis, etiam auctoris ipfius; five ea incogitantia eft, five nimia in fcribendo feftinatio, agnofcere, quam fententiam tam aperte falfam admittere. Quis eft enim, cui aliquando in fcribendo aliqua particula non excidat, aut alia pro alia in calamum non obrepat? Et hoc quidem in voluntate & fententia etiam obfcura Iuftiniani admittendum fuerit.

XXXVII. Quid ergo, fi probamus nec Iuftinianum, aut auctorem huius loci fcripfiffe, *uno cafu*, aut de uno cafu fenfiffe: quidquam cauffæ dici poteft, cur non iam etiam ex voluntate fcribentis lectionem mutare debeamus? Id vero ex ipfis verbis huius loci poteft demonftrari: quæ ego paucis expendam. Primum apparet Iuftinianum in hac fententia voluiffe affirmare, aliquo cafu eum qui poffidet, partes actoris obtinere. At fi fcriptum eft, *uno cafu*, nihil affirmat, nihil dicit. Quare aut hoc non fcripfit, aut fcriptum non voluit. His autem verbis; *fane uno cafu*, nihil eum docere aut affirmare de eo cafu certum eft. Nam primum hunc cafum non exprimit verbis; addit demonftrationem, ficut in latioribus Digeftorum libris apparebit. Sed non eft ea demonftratio, unde is cafus intelligatur: atque adeo tam non notat ea demonftratio hunc cafum, quam fi omnino adiecta non effet. Nam ea non adiecta, omnes intelligerent hunc cafum aut ex Digeftis, aut ex aliis libris noftris petendum effe. Ea adiecta, nihilo plus intelligimus, quam ante. Omnino vero ex Digeftis, quam late patent, hunc cafum fumi non potuiffe eventus declaravit. Quæritur enim is cafus ab innumeris tot annos, & quidem fedulo: fed infelix labor, quo quæfitus tam diu & anxie, nondum eft inventus. Præterea fi unum cafum intelligere voluit, & eum a nobis fciri, ut certe voluit, eum indicarit ex Digeftis, atque hoc cognito pro non dicto effet, quod hic dixiffet: oportuit aliquam effe cauffam, fi non iuftam, at certe probabilem, cur eum, ubi opus erat, non expreffèrit, fed potius de eo nos ad Digefta ablegarit. An ergo fuit commoditas docendi, quod hic cafus facilius & plenius ex Digeftis cognofci poffet? At iam dixi tam hoc non facile ex Digeftis fumi poffe, ut nemo adhuc extiterit, qui eum invenerit,

aut

aut etiam attigerit quid de eo, nisi sibi diffidens & divinabundus. An potius brevitati consulere voluit, quæ conveniebat Institutionibus? At tam facile & cito dicere potuit: sane in servitutibus; sane in interdicto uti possidetis; sane in specie Africani sub titulo *de oper. no. nunt.* aut sane cum reus ultro probationes in se suscepit: horum, inquam, unumquodque tam cito potuit dicere, & tam paucis verbis, atque adeo paucioribus; quam hoc modo: *sane uno casu, qui in latioribus Digestorum libris oportunius apparebit.* Non ergo scripsit unum casum, ut eum demonstraret potius ea demonstratione, quæ non intelligitur, quam expressione ea, quæ facilior & brevior esse potuit. Tertio loco consideretur, quod ait ideo se hunc casum non exprimere, quia apparebit alias ex Digestis opportunius. Atqui si nunquam possessor actoris partes obtinet, nisi uno casu, & visum est Iustiniano de eo hic præcipere; nusquam opportunius fuit atque adeo magis necesse de eo commonefacere, quam hoc loco, ubi & de actione in rem agebatur, & ipse eam sententiam ex professo posuerat, quæ hanc expressionem requirebat, si quid in ea sententia vellet intelligi. Quapropter unum casum non dixit, cuius expressionem necessariam omisit, & in alium locum non necessario reiecit. Quarto loco expendatur verbum *apparebit*, quo utitur; *sicut*, inquit, *in latioribus Digestorum libris apparebit.* Hoc quidem verbum ad unum illum casum accommodari non potest. Iam enim ostendi etsi quis hunc casum alicubi esse concederet; tamen tam eum ex his libris non apparere, quasi qui quærenti ultro & facile sit obvius, ut ne quæsitus quidem magno conatu, ac tot annos ulli sit inventus, qui de eo sibi certo polliceri auderet. Nos insuper nec ullum esse illum casum liquido probavimus. Postremo ut unum casum inveniremus, quid opus fuit adiici, *in libris Digestorum latioribus?* nam ad unum casum inveniendum sufficiebant vel paucissimi & brevissimi libri, si modo in his usquam hic casus exstaret. Quorum nihil cum uni casui conveniat: oratio ipsa indicat auctorem de uno casu non scripsisse, aut certe non sensisse. Quæ cum in scriptura vulgari concurrant, ut & sententia per se falsa sit, & non dubiis argumentis colligatur auctorem non ita voluisse: an dubitamus scripturam esse mutandam, & ad eam speciem traducendam, quæ careat vitio, & reliquæ orationi conveniat? Falsa sententia facit, ut velle debeamus mutare; voluntas scriptoris, ut sine periculo possimus.

XXXVIII. Et tamen hoc ipsum faceremus timidius, nisi ad certam superiorum demonstrationem etiam aliorum quorundam exemplarium auctoritas accederet. Nunc autem magni nominis, ac fidei Iurisconsulti duo testes sunt hoc loco aliter se hunc locum legisse in aliis exemplaribus, quod & illi secuti sunt: Æmilius Ferretus, & Eguinarius Baro. Ille hoc modo, *Sane non uno casu:* hic autem, *Sane in hoc casu.* Hotomanus & ipse locum emendandum esse assentiens, coniecturam animi secutus reposuit *Sane illo casu:* quod idem est cum posteriore illo Baronis. Nam *in hoc*, significat in hoc de quo nunc principaliter agitur in hoc §. *æque*, id est, in servitutibus. *In illo* autem, valet in illo superiore, id est, servitutibus, de quarum actionibus prius dixerat; & quarum tractationem interfecuerat, postea de rebus corporalibus, nonnihil interferendo. Aliis verbis eadem sententia. Videndum ergo, utrum ex his sumamus ad emendationem, an vero utrumque ferre possit locus. Et hoc posterius de servitutibus plane huic loco non convenit, & per se falsum est, ut dicamus in hoc casu, id est, in servitutibus eum qui possidet nihilominus partes actoris obtinere. Nam ut ante indicavi, potest in his qui possidet, idem & agere: sed non item actoris partes obtinet, verum possessoris, uti & ipse re vera possessor est. *L. etsi. §. 1. L sicut, §. sed si quæritur, D. si servit. vind.* Deinde si hunc casum certum exprimeret, ut diceret eum qui possidet in servitutibus, agere quoque posse, satis dixerat, superfluumque erat ne dicam ineptum addere, sicut in latioribus Digestorum libris apparebit. Superfluum; quia non est necesse quodcunque in his libris Institutionum dicitur, monere etiam in Pandectis esse, etiam si illic idem tradatur: alioqui in omnibus fere periodis id addi oporteret: quod nequaquam hic factum videmus. Si quid idem sit in Pandectis, bene est: si non sit, nihilominus quod hic traditur, suam auctoritatem per se obtinet, tributam his libris in proœmio. Ineptum adiici: quia in servitutibus eundem esse possessorem iuris & petitorem, non in libris latioribus Digestorum dicitur, quasi quærendum sit ex pluribus libris & his latioribus: sed dicitur uno tantum in loco, aut item altero, & his quidem brevissimis, & sub uno titulo positis, *d. L. etsi. §. 1. d. L. sicut,*

eat, §. *sed si quæritur*, *D. si servit. vind.*

XXXIX. Restat igitur, ut ita legamus, *Sane non uno casu:* nisi malumus ad veterem scripturam accedentes propius pro *Sane* legere, *Sed non*, aut *Sed nec*, totidem pene literis, certe finitimis, & eodem modo incipientibus particulis: ut sit Sed non uno: aut Sed nec uno casu: ut primo cum ita scriptum esset, post factum sit, sed ne: quod cum non intelligeretur, repositum sane, quod contextui & exceptioni magis conveniebat. Et quidem illud, *Sed*, magis expressisse videtur Theophilus, quam, *Sane*, ita scribens, ἐν ἑνὶ τῷ θέματι. Sed quo modo ex his legamus, ad sententiam quam volumus, nihil interest. In omnibus enim eadem hæc sententia est, non uno casu accidere, quod hic traditur. Verumtamen ad structuram orationis illud melius, & ad præcedentia temperanda aptius, *Sane non uno casu*: quomodo se alicubi legisse testatur Ferretus. Utcunque hoc, aut illa placebunt: negativa oratio retinenda omnibus modis. Primum quia sententia ipsa per se est verissima: falsa contraria, ut supra abunde & liquido probasse mihi videor. Deinde quia oratio est eiusmodi, quæ sola conveniat huic loco: utpote cum præcedentibus recte cohærens, eaque optime temperans: cum sequentibus autem ita affecta, ut hanc solam sequentia exigant, ita scripta, ut non alii convenire possint, quam ei qui dixit, non uno casu eum qui possidet, actoris partes obtinere. Ad priora refertur hoc modo, ut & initio attigi. Prius dixerat ei qui possidet, non esse actionem proditam de re corporali. Id ne quis ita interpretetur, quasi nec agere, qui possidet, nec omnino actoris partes sustinere possit; ita temperat, ut dicat, sane quidem eum agere non posse de re corporali, qui hanc possidet: at in universum & in hoc genere rerum, & in rebus incorporalibus eum qui possidet, actoris partes obtinere posse, idque fieri non uno casu. Sequentia autem hæc sunt; *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*. Quorsum hæc, cum ad declarationem unius alicuius casus, aut plurium nihilo plus conferant, quam si essent omissa? Nempe ideo subiecta, quia dixerat non uno casu superius illud contingere, id est, contingere pluribus & variis casibus. Quæreret enim aliquis, quibus? quod si non enumeraret, saltem huius rei rationem reddi oportuit: ne aut falso plures hos casus posuisse, aut cum posuisset, inepte omisisse videretur. Ergo his verbis rationem reddit, cur eos nunc non persequatur, aut indicet: perindeque est, quasi ita diceret: eos casus omnes colligere & recensere longum esset, minimeque huic loco, aut brevitati Institutionum conveniens: melius igitur, atque opportunius ex latioribus Digestorum libris petere. Ex his vero plures esse hos casus, & quinam sint, apparebit. Apparet autem in superioribus casibus, qui suis quique locis quæsiti occurrent in Digestis. Ut iam non sit obscurum, cur dixerit opportunius esse hæc petere ex Digestis, & cur in his inde cognoscendis usus sit verbo *apparere*. Cur addidit, *latioribus?* hanc ipsam ob caussam quod hi casus plures sunt, & varii, qui non uno aliquo in loco exstant in Digestis, sed varie & sparsim in latioribus Digestorum libris: unde & colligendi sunt.

XL. Sed refragatur gravis testis superiori lectioni Theophilus, apud quem & affirmativa oratio est, ut in textu latino. Sic enim apud eum scriptum legitur: ἐν ἑνὶ τῷ θέματι μόνῳ. Verum quid vetat, quominus dicamus & hoc scriptum mendose, atque ita legi debere, οὐκ ἐν ἑνὶ τῷ θέματι μόνῳ? quid enim prohibet mendum irrepsisse ex textu latino, ut quemadmodum illic vitiose legebatur affirmative, sic librarii qui textum Theophili excudebant, conferentes græca cum latinis pro οὐ reposuerint ἐν, ut similiter affirmativam orationem efficerent? Quod inde fit admodum probabile, quod illud ἐν, pro quo positum est οὐ non in textu latino, ut si recte expressit Theophilus, ne id quidem adiicere debuerit. Ac si pro ἐν reponendum est aliud, nihil est literis finitimum magis, quam οὐ, vel ante vocalem οὐκ. Quo posito etiam verissima sententia efficitur. Sed coniecturæ hæ sunt, quibus si nihil aliud cogat ad certitudinem veri, nihil ne ipse quidem quidquam, aut multum tribuo. Sed rem ipsam specto: hoc amplius quid oratio ipsa per se ut aptum necessario flagitet, quid ut alienum reiiciat, considero. Quæ si hic spectantur, vincet ratio non aliter legi posse aut debere, quam *Sane non uno casu:* aut *Sed non uno casu*; aut *Sed nec uno casu*; ex quibus illud optimum, *Sane non uno casu*, ut & apud Theophilum οὐκ ἐν ἑνὶ τῷ θέματι μόνῳ. Hæc scripsi pluribus, tum quod res plerisque nova desiderabat certiorem probationem: tum ut esset de hoc loco tantopere ac tamdiu controverso aliquando certandi finis, cognita ea sententia & lectione, in qua acquiescere oporteret. Quod aliter consequi me posse non putavi, quam si vera sen-

ten-

tentia certis rebus confirmata, & contrariarum inauitate detecta, etiam lectio ipsa adversus omnem metum temerariæ mutationis quam optime posset, muniretur.

Sed istæ quidem.

§. III.

Divisio secunda actionum principalis hic non est, sed est interpretatio superioris. I.
Civilium & prætoriarum actionum divisionis hoc loco finis atque usus. II.
Actionum omnium in personam caussæ. III.
Civiles actiones in personam cur hic omissæ in totum: prætoriæ paucæ cur expositæ. IV.
Actionum in rem tam civilium quam prætoriarum caussæ, & hinc earum species. V. VI.
Istæ actiones, quarum mentionem habuit, de quibus actionibus intelligendum. VII. VIII. IX.
Legitimum, quod ex quavis parte iuris civilis descendit, ut eadem sint legitimum, & civile: ut & hoc loco. X.
Civile quid, & cur per excellentiam id quod non est prætorium. XI.
Caussæ actionum civiles quæ. XII.
Caussæ actionum civiles nullæ ex iis partibus iuris antiqui, quæ dictæ sunt interpretatio prudentum, seu ius civile, & legis actiones. XIII.
Comparatæ actiones, quæ constitutæ; & ratio nominis. XIV.
Iurisdictio prætoris quibus in rebus sita. XV.
Ædiliciæ actiones prætoriarum verbo comprehensæ. XVI.
Prætoriæ actiones & obligationes solum, quæ sunt a prætore constitutæ, non etiam quæ comprobatæ: Civiles etiam quæ comprobatæ iure civili, & cur. XVII.
Noxalis actio adversus eum qui servum nocentem desiit dolo malo possidere, prætoria, non civilis. XVIII.
Necessarium. XIX.
Lectio huius loci quæ recta. XX.

Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus caussis descendunt. Aliæ autem sunt, quas prætor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam, quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere, ut ecce, Plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

I. Non traditur hoc loco principalis aliqua divisio actionum seiuncta a sententia & portione superioris, ut scilicet quædam sint actiones civiles, quædam prætoriæ, neque hoc ad superiorem referatur; sed sit hæc secunda actionum divisio huius tituli per se consistens, ut vulgo parum, ut arbitror, attente tradunt; sed divisio necessaria est, pars quodammodo & appendix superioris. Certe quidem ad eius interpretationem tota collata. Nam primum non novam divisionem se proponere præfatur, ut facit in sequentibus divisionibus: sed aperte priorem divisionem persequens interpretatur, quod in ea obscurum erat. Quod enim in ea divisione quasdam actiones specialiter expresserat, sic accipi potuit, quasi hæ & similes solæ essent ex utroque genere. Nunc hoc dicit non ita se id accipere: sed istas actiones, quarum mentionem habuit, non esse solas huius generis: esse enim & alias prætorias tam in rem, quam in personam Quod nihil aliud est, quam explicare, de quibus actionibus superior divisio actionum in rem, & in personam sit accipienda. Deinde non dicit actiones de quibus locutus est, esse civiles, sed descendere ex caussis civilibus: significans actionum huius generis caussas quasdam esse civiles. Cui membro cum subiiciat per adversativam alias esse actiones tam in rem quam in personam a prætore comparatas, aperte ostendit hoc se intelligere alias esse, quæ nascantur ex caussis prætoriis; eoque & utriusque generis caussas

caussas quasdam esse civiles, quasdam prætorias. Quod & ipsum prioris divisionis interpretatio est hoc explicans, quibus ex caussis actiones tum in rem, tum in personam nascantur. Hoc vero non est divisionem novam principalem instituere: sed in priore perseverantem explicare utriusque generis caussas, sine quibus nulla sit neque in rem, neque in personam actio.

II. Atenim proponit aperte hanc divisionem, ut quædam sint ex civilibus caussis, quædam prætoriæ. Plane: sed divisionem huc spectantem, ut explicentur caussæ superiorum generum; quæ singularum partes sunt vel maxime: certe res, sine quibus hæc genera non sint omnino. Quod enim dicuntur quædam actiones in rem esse, quædam in personam, huc solum spectat, ut sciamus pro natura cuiusque cui detur, & in quem actio. Ut autem cui detur, & in aliquem, non nisi iustis & certis de caussis contingit. Ita ad divisionem & hæc genera cognoscenda, omninn quæ sint hæ caussæ, cognosci necesse est. Id quod assequimur cognitione earum actionum, quæ ex utroque genere fuut partim ex iure civili, partim ex iure prætorio. Quot enim sunt hæ actiones utroque iure proditæ, tot sunt & agendi causæ distinctæ. Atque huc divisionem hanc & enumerationem prætoriarum actionum referri oportet. Hunc scopum atque usum huius divisionis qui non animadvertit, non temere effugiet, quin cogatur fateri & Iustinianum parum commode divisisse, & non magnum admodum usum esse huius divisionis. Non recte ille, si novam divisionem principalem instituens non recta & aperte ad hanc transiit, ut facit in reliquis; sed quasi in priore maneret, & hanc interpretaretur, ita verbis exceptionem, aut correctionem, aut breviter interpretationem significantibus usus est: ut diceret, *Sed istæ quidem*, quarum mentionem habuimus. Non recte ille, si cum posset breviter & dilucide dicere actiones omnes aut civiles esse, aut prætorias, seu honorarias, ut est divisio in *L. actionum*, in fin. *D. de obl. & act.* ipse inani circuitione usus dixit priores de quibus locutus erat, descendere ex legitimis & civilibus caussis: alias autem esse, quas prætor ex sua iurisdictione comparatas habet. Usus autem huius divisionis perexiguus reperietur, si hoc tantum in ea quæritur, ut sciamus, quæ actiones sint iure civili proditæ, quæ iure prætorio. Utro enim iure actio prodita sit, ad vim actionis & ius nostrum consequendum nihil interest: cum non minus actio prætoria reum teneat, quam civilis. Auctor ad historiam cognoscendam valet; ad ius nihil facit, si alias actionem iure constitutam esse constat. Sit ergo, ut dixi, hic usus divisionis, ut quoniam omnis actio tam in rem quam in personam, (quæ divisio instituta est) datur alicui, & in aliquem, idque ex caussis utriusque generis est æstimandum: iam hic intelligatur, quæ sint hæ causæ: quando pro distinctione actionum civilium & prætoriarum accidit, ut distinguantur & agendi causæ, & pro unoquoque genere varie quoque constituantur agenti tam in rem, quam in personam.

III. Quæ cognitio cum ad divisionem institutam, vel potius ad ius agendi cuiusque tantopere pertineat; consultum est eas caussas ad illum usum diligenter cognitas habere: quas ideo nunc summatim proponam; tantum ut genera sint nota, quæ notata suis locis, tum deinde ex his ipsis singula plenius petantur. Et de actionibus in personam expeditior præceptio est. Verissimum est enim illud, & perpetuum, quod supra dixi in §. 1. agendi caussam, quæ quidem proxima sit, unam esse omnium actionum huius generis communem, obligationem, seu si is cum quo agitur, sit nobis obligatus. Hanc quidem supra posuit in *d.* §. 1. Etsi autem videtur nunc scribere se intellexisse civiles caussas quas prius posuit, eoque & obligationem de qua prius in actione in personam locutus erat, civilem intellexit: tamen ne prætoria quidem caussa alia est actionis in personam, quam hæc ipsa: semper enim agitur in personam adversus eum, qui nobis obligatus est, ut est generalis definitio actionum in personam in *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Esse autem hanc illic definitionem generalem, pertinentem tam ad prætorias actiones in personam, quam ad civiles, declarat divisio ibidem subiecta; qua actiones quæ prius definitæ erant, sic dividuntur, ut dicantur omnes esse aut civiles, aut honorariæ. Et vero non aliunde dicitur actio in personam, quam quod personam sequitur ipsam per se, non rem, cuius nomine agitur, ut dixi suo loco. Nec potest actio quemquam sequi ad aliquid præstandum, nisi eum qui iure obstrictus est necessitate eius rei solvendæ. Quem obligatum dicimus, *tit. de obl.* in pr. supra. Ne caussæ quidem ipsæ proximæ & generales obligationis quas supra commemoravit in *d.* §. 1. id est, contractus, quasi

quasi contractus, maleficium, quasi maleficium, aliæ sunt in actionibus in personam prætoriis, quam in civilibus. Omnes enim obligationes tum civiles tum prætoriæ dicuntur esse ex his quatuor caussis, eodem *tit. de obl.* §. 1. & *alt.* Sed species ipsæ istorum generum alio atque alio iure habentur. Quædam enim tenentur & vindicantur iure civili; quædam non nisi iure prætorio. Atque hinc scilicet illa divisio obligationum, ut quædam sint civiles, quædam prætoriæ, *d.* §. 1. *supra de obl.* unde rursum actiones in personam itidem partim civiles, partim prætoriæ. *L. actionum*, in fin. *de obl. & act.* uti nimirum ex obligatione nascitur in personam actio. *L. licet*, §. *ea obligatio*, *D. de proc.* Id autem ut intelligeretur, profuit hoc loco monere, actiones in personam non tantum descendere, ut loquitur, ex civilibus caussis, sed etiam ex prætoriis, idque ipsum exemplis ostendere: quod & fecit in §. *in personam*, & aliquot sequentibus. Sed quæ sint illæ caussæ primæ, ex quibus obligatio constituta est iure prætorio, unde & actio in personam; non magis ad hunc locum pertinet quærere, quam quæ sint illæ, ex quibus obligatio & actio in personam nascitur iure civili: cum de utroque genere pariter hic agatur. Locus est ad obligationes, & earum caussas pertinens: unde & earum rerum cognitio huc afferri debet. Et sunt hæ caussæ supra in argumento obligationum ut suo loco expositæ.

IV. Quam ob caussam factum videmus, ut actionum in personam causas illas & species civiles in totum omiserit hoc loco Iustinianus, adeo ut ne exemplo quidem unius alicuius actionis civilis sit usus: prætorias autem caussas obligationum seu actiones attigerit quidem, sed ex innumeris paucas, & velut exempli loco: nam cum enumerasset quasdam prætorias, subiecit in §. *pœnales quoque*, alias esse eiusdem generis innumerabiles. Sed cur has etiam paucas inter prætorias attigit potius, quam ullas civiles, cum non magis caussæ & species obligationum prætoriæ ad hunc locum pertinerent? Hoc ideo, quod ex his quæ ante exposuerat de obligationibus, in ea parte iuris constabat civiles obligationes, atque hinc actiones in personam civiles constitutas esse ex omnibus illis quatuor caussis obligationum, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. De prætoriis incertum: quoniam in eo argumento inter contractus, & quasi contractus, nullas ante numeravit obligationes actionesve prætorias: inter maleficia, & quasi maleficia, paucas. Ex quo potuit dubitari, an ne ex contractu aut quasi contractu ullæ essent prætoriæ: ex cæteris autem caussis an nullæ præter superiores. Et exemplis docet ex omnibus caussis superioribus esse quoque actiones in personam prætorias: certe quidem ex contractu, maleficio, quasi maleficio: præter superiores autem, quas exposuit, multo plures: quod his paucis quæ subiicit, satis fuit ostendere.

V. Quod attinet ad actiones in rem: cum eas de quibus locutus est antea, dicat nasci ex legitimis & civilibus caussis, nempe huc spectat sequens prætoriarum enumeratio, ut intelligamus novas hic agendi caussas, & eas proximas a prætore esse inductas. Illa quidem caussa, quam ex parte eius cum quo agitur, nobis dari volumus ad agendum, nimirum ut possideat, aut pro possessore ob dolum habeatur: hic non mutatur: hæc in omnibus in rem actionibus una est, & omnium communis: sine qua nemo in rem actione tenetur aut iure civili, aut prætorio. Ut differrent aliis rebus omnibus actiones in rem civiles ab actionibus in rem prætoriis: tamen una hac in re eas convenire constat, quod omnes in rem sunt, & dicuntur: neque vero alia de caussa in rem, quam quod non personam obligant, sed rem sequuntur; ac per rem eius rei possessorem: idque nominatim dictum est de actionibus prætoriis, puta hypothecaria, in *L. ult. C. si unus ex plu. her. cred.* In persona autem agentis, quando præcipue ac primo proprias caussas quemque ex sese afferre oportet, quo ostendat rem ad ius suum pertinere, ut sit, cur ei res restitui debeat: hæ caussæ sunt variæ. In summa autem aliæ ex iure civili, quæ hic civiles appellantur; aliæ ex iure prætorio. Iure civili una hæc caussa in rem agendi, & vindicandi, si quis rem suam petat, & ut scriptum est in §. *namque*, seq. si quis dominium suum vindicet: quo in genere de universitate petitio hereditatis; de rebus singulis corporalibus rei vindicatio. *L. 1. D. de rei vind.* de servitutibus confessoria, & negatoria actio. *L. 2. D. si servit. vind.* Iure prætorio caussæ plures; non tamen ut in actionibus in personam innumeræ, sed paucæ & certæ. In hereditate duæ: si quis hereditatem bonorum possessione quæsitam petat: unde possessoria hereditatis petitio. *L. 1. D. de poss. he. pet.* Item si quis petat hereditatem fideicommissariam: unde & petitio hereditatis fideicommissaria. *L.*

1. & *tot. tit. D. de fid. he. pet.* In rebus autem singulis sex sunt caussæ numero, ex quibus totidem in rem actiones prætoriæ: quibus positis etiam causæ agendi intelliguntur. Ex his actionibus duæ hic omissæ: quatuor positæ, quæ ordine subiiciuntur.

VI. In quibus omnibus recensendis utar ordine eo, qui naturæ & dignitati singularum videtur convenire, ut quo quæque a iure dominii minus aberit, ea priore loco ponatur. *Prima* ergo actio est de agro vectigali, seu emphyteuticario, de qua tit. *D. si ag. vect. vel emph. pet. Secunda* de superficie, quam in alieno solo constitutam habemus, de qua in *L. in specieli. & L. seq. D. de re vind. L. 1. D. de superf.* Has actiones merito in hoc genere primas facimus, quia qui ius vectigale, & superficiem habent, haud multum differunt a dominis: quam fortassis caussam esse quis existimaverit, cur ut potiores, & a vero dominio prope nihil distantes hoc loco sint omissæ: hæ enim sunt, quas omissas esse diximus. Reliquæ hic subiiciuntur optimo ordine; habita scilicet dignitatis eius, quam supra dixi, ratione. *Tertia* est igitur, Publiciana de rebus bona fide possessis: de qua in §. *namque: Quarta* rescissoria de rebus olim nostris, quæ postea in alium translatæ nostræ esse desierunt: nunc tamen rescissa ob iustas caussas a prætore translatione, quodammodo in ius nostrum redierunt: de qua in §. *rursus. Quinta* actio hypothecaria de prætorio pignore: de quo genere Interpretor §. *si quis in fraudem. Sexta* ea, quæ dicitur Serviana, & hypothecaria de pignoribus cæteris. Hæc de usu & sententia huius divisionis præfati, verba huius loci consideremus: in quibus quædam sunt animadvertenda.

VII. Ait, *Sed istæ actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus caussis descendunt.* Bis vitiosa sententia, ut videtur; & quod ait omnes actiones, quarum mentionem fecit, ex civilibus caussis descendere: & quod cum omnium prius meminerit, addit & si quæ sunt similes. Illic sententia aperte falsa: hic etiam absurda. Ait igitur istas actiones, quarum mentionem habuit, ex civilibus caussis nasci. Atqui supra meminit omnium actionum in rem, & omnium in personam. Divisit enim in §. 1. actiones omnes in genera duo, ut sint aut in rem, aut in personam; eoque & actiones in rem, & actiones in personam generaliter nominavit, nec quidquam adiecit, quo certas aliquas species ex his generibus se dicere significaret. Falsum est autem omnes actiones in rem, aut in personam esse ex civilibus caussis; cum multæ sint ex utroque genere prætoriæ, quod & ipse statim subiicit. Etsi autem post eam divisionem actionum in actionibus in rem certas species recenset, ut rei vindicationem de rebus corporalibus, & actiones de servitutibus, confessoriam, & negatoriam; tamen non eo minus verum est eum prius nominavit; sub quibus species omnes continentur non tantum expressæ, sed etiam non expressæ. Atque ut dederimus eum in actionibus in rem mentionem fecisse tantum illarum, quas postea nominatim recenset: tamen nihil istius fecit in actionibus in personam; has generaliter appellavit, & si quas addidit species, has addidit, ut diceret vel ex contractu esse, vel ex maleficio, & aliis quibusdam modis. Earum ergo meminit generaliter, quæ sunt ex his caussis. At saltem in hoc genere falsum est eas actiones quæ sunt ex contractu, aut maleficio esse ex civilibus caussis: cum eæ quæ dicuntur postea prætoriæ, sint & ipsæ partim ex contractu, partim ex maleficio. Plusquam autem absurdum est, quod cum sub appellatione generis meminisset omnium in rem, & personam actionum, nunc addit, & si quæ sunt similes, quasi postquam omnes generaliter est complexus, possint præter has ullæ esse ex eodem genere. Nam profecto qui aliquas præterea similes esse dicit, dicit præter omnes esse alias: quoniam quæ sunt similes, sunt aliæ. Denique perinde hæc adiectio est, ac si ita dixisset: sed actiones omnes in personam (nam has omnes ante nominavit, nec ullam speciem huius generis expressit) & si quæ sunt similes in personam. Atqui si omnes dixit, non debet metuere, ne quas prætermiserit similes; quoniam in omnibus nulla deest. Aut si quæ adiiciendæ sunt velut omissæ, non nominavit omnes; quod falsum est.

VIII. Res sic habet, non effugiemus hanc obiectionem, atque hæc vitia huius sententiæ, si per istas actiones, quarum mentionem habuit, intelligemus genera ipsa actionum quæ ante nominavit, ac non certas species horum generum ante expressas. Et quidem has ipsas intellexerunt Theophilus, & Accursius; quorum ille locum sic reddidit, ut ad actiones in rem, quarum supra Iustinianus mentionem fecit, nominatim referret: hic autem aliis ver-

verbis idem declarans mentionem interpretatus eſt expreſſam. Non dubium, quin cum non eſſent iſta in textu Iuſtiniani, ideo adiecerint, quia ſine his ſuperiora incommoda videbant; his adiectis vitare ſtudebant. Quid ergo, his adiectis id aſſequimur? Sane vero aſſequimur. Sic enim intelligemus ſolas illas actiones in rem quas ante expreſſit, vindicationem rei corporalis, & de ſervitutibus confeſſoriam & negatoriam. Quibus acceptis omnia bene ſe habent. De his enim recte dicitur has deſcendere ex cauſſis legitimis & civilibus: deſcendunt enim re vera: quia iure civili non datur actio in rem, niſi rem ſuam vindicanti; §. *namque ſeq.* ſuperioribus autem actionibus rem noſtram petimus; vindicatione rem noſtram corporalem; confeſſoria ſervitutem noſtram; negatoria libertatem rei noſtræ. Sed & de his loquenti optime additur, & ſi quæ ſint ſimiles, quoniam ſuperioribus multum abeſt, ut contineantur omnes eæ quæ deſcendunt ſimiliter ex cauſſis civilibus. Sed verba Iuſtiniani obſtant; nihil enim amplius nominat, quam iſtas actiones quarum mentionem habuit; nec addit, actiones in rem, aut quarum mentionem expreſſam habuit. Et quidem ego putarem obſtare, ſi quid ad ſuperiorem ſententiam verbis deeſſet. Sed verba ipſa ſatis ſpecies iſtas expreſſas ſignificant, ut ad eas ſignificandas alia adiectione non ſit opus, niſi maioris expreſſionis cauſſa, ne quis ſit error. Verbum hoc, *iſta*, ad res certas, quæ alicubi ſunt, refertur, non ad genera, & res incertas, quæ nuſquam ſunt, aut ubi ſint, ignoratur. Eſt enim demonſtrativa particula, nec demonſtrantur niſi certa, & quæ certo loco ſunt: ut cum dicimus, iſtic, ſignificantes ubi tu es: & iſta veſtra, de iis quæ certa prius deſignata erant. Cum autem ſententiæ veritas hanc interpretationem exigat, eam etſi res eſſet ambigua, ut vitio carentem accipere debemus. *L. in ambigua*, *D. de legib.* Hoc ſenſu de actionibus in perſonam his verbis non loquitur: quando earum actionum ſpeciem nullam ante expreſſit: ſed poſſunt contineri his quæ ſequuntur, & ſi quæ ſunt ſimiles.

IX. *Et ſi quæ ſunt ſimiles.* Quæ ſunt igitur aliæ iſtis ante expreſſis ſimiles? Ex actionibus in rem eæ, quæ præter iſtas rem noſtram petunt: ex actionibus in perſonam illæ, quæ eandem originem & eoſdem auctores iuris habent. Sunt autem præter ſuperiores & aliæ in rem huius generis; ut petitio hereditatis, per quam hereditatem noſtram petimus; nam & hæc deſcendit ex legitimis & civilibus cauſſis. *L. 1. 2. 3. D. de her. pet.* ut confeſſoria & negatoria de aliis ſervitutibus innumeris, quas ſupra non commemoravit. Actiones autem in perſonam quam plurimæ iiſdem auctoribus, & iiſdem partibus iuris proditæ. Quo fit, ut ſi ſuperiores iſtæ expreſſæ ex legitimis & civilibus cauſſis ſunt, ſiat & hæ, quas dicimus ſimiles. Cavendum autem, ne dicamus cum Accurſio, ſimiles intelligi quæ ſunt ex contractu, vel quaſi contractu, ex delicto, vel quaſi delicto, & variis cauſſarum figuris; non enim hæ omnes ſunt ex legitimis cauſſis & civilibus; ſed pleræque ex iuriſdictione prætoris, ut poſtea declaratur. Itaque nec genere ſimiles ſunt ſuperioribus expreſſis, quia non ſunt in rem: nec origine, quæ eandem iuris originem & conſtitutionem non habent.

X. *Ex legitimis & civilibus cauſſis.* Legitimum proprie dicitur, quod eſt ex lege, id eſt, ea parte iuris, quæ proprie lex appellatur in diviſione iuris. §. *conſtat. ſupra de iur. nat.* coniugata enim lex & legitimum. Sed in uſu iuris latius accipi ſolet, ut ſit id omne, quod ſit ex aliqua parte iuris civilis, non tantum lege, ſed alia quavis legi ſimili, puta plebiſcitis, ſenatuſconſultis conſtitutionibus principum; ut legitima conventio, dicta, etiam quæ ſenatuſconſulto adiuvatur. *L. Legitima, D. de pact.* legitima hereditas, quæ iure aliquo obvenit ab inteſtato; *L. 3. §. de illo, D. pro ſoc.* obvenit autem etiam ſenatuſconſultis, & conſtitutionibus. *L. 3. D. de her. pet.* legitima actio. in *L. qui ſervandarum, §. ult. D. de praeſ. ver.* eadem quæ civilis in *L. 1. D. eod.* Quod ex ſimilitudine iſtarum partium natum eſt; nam cæteræ partes iuris verbo leges non dicuntur: vi & poteſtate ſunt leges, quæ eandem cum lege poteſtatem obtinent. Unde & dicuntur conſtitutiones ſimiles legibus in §. *quod autem, ſupra de bon. poſſ.* Quo ſenſu legitimæ & civiles idem valent; cum iuris civilis verbo eaſdem iſtas partes ſignificamus. Et ita legitimas cauſſas hic accipi debere manifeſtum eſt. Ait enim actiones, quarum mentionem habuit, & ſi quæ ſunt ſimiles, deſcendere ex cauſſis legitimis ſimul & civilibus. At non omnes illæ actiones ſunt ex lege, ſed quædam ex aliis quoque partibus iuris. Legitimas igitur etiam quæ ſunt ex his partibus, intelligit. Eas enim dicit, non quæ ſunt ex cauſſis legitimis, aut civilibus; ſed coniunctim quæ ſunt ex legitimis & civilibus.

XI.

XI. Civile autem quid dicitur, ut est ius civile unde nascitur. Id interdum dicitur generaliter, ut contineat etiam ius prætorium, & in *§. constat, supra de iur. nat.* alias angustius, ut sit id quod venit ex cæteris partibus, non etiam ex iure prætorio, fiutque hæc duo genera iuris civilis; civile quod specialiter ita dicitur, & prætorium. *L. ius autem, D. de iust. & iur.* Appellatio hinc nata, quod cæteræ partes per se & efficaciter ius faciunt, etiamsi aliud non interpretentur, aut temperent. Ius prætorium magis illius iuris vox, id est, interpretatio est: *L. nam & D. de iust. & iur.* scilicet quia iuris eius adiuvandi, suppiendi, corrigendi caussa est introductum, *d. L. ius autem, eod.* Totiesque sic necesse est ius civile accipi, quoties, ut sæpe, distinguitur a prætorio, ut *L. scio, D de testi. L. qui testamento, §. servus, D. qui test. fac. L. nec ex prætorio, D. de reg. iur.* Quo ex usu posteriore & nunc civiles dicuntur caussæ, quæ non sunt ex iure prætorio, sed ex aliis partibus iuris civilis: utpote quæ hic postea distinguuntur a prætoriis. Similiter ut actiones & obligationes civiles, cum dividuntur in civiles, & prætorias seu honorarias, *L. actionum*, in fin. *D. de ob. & act. §. 1. supra de oblig.*

XII. De caussis actionum loquitur hoc loco Iustinianus, non de actionibus: de quibus si ageretur, intelligeremus civiles actiones dici eodem modo, quo definiuntur civiles obligationes, quæ legibus constitutæ sunt, aut certe iure civili comprobatæ. *§ 1. supra de obl.* Nunc ut dixi, de caussis actionum loquitur: de quibus commode idem dici posse prima facie non videtur. Nam plerarumque actionum in personam caussæ sunt alienorum negotiorum administrationes malæ, delicta, quasi delicta: quas res non modo non constituit aut probat ius civile, sed etiam improbat, & ob id dat actionem, ut coerceantur, & quod inde abest, præstetur. Sed non minus & de his licet idem dicere, civiles & legitimas caussas actionum esse, quæ lege & iure civili constitutæ sunt ad agendum: constitutæ igitur non per se & simpliciter, ut sane pleraque facta per se non constituuntur, sed improbantur iure; sed constitutæ ad agendum: id est, de quibus ius constituit, ut ex his factis tanquam iustis caussis sit actio; & breviter, ex quibus ius actionem dedit. Actionis in rem iure civili caussa hæc est una, si quis rem suam vindicet: quia ex hac caussa ius dat actionem. *§. namque*, seq. Atqui potest dominium rei nobis acquiri iure gentium, ut æque sit in rem actio. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed nihilominus ius non dico idem dominium confirmat, quanquam confirmat: sed hoc amplius ex eodem dominio dat actionem in rem *d. §. namque*. Recte igitur hæc caussa civilis, quam ius ad agendum constituit. Unde recte dictum est, superiores actiones in rem, quarum meminit, ex legitima & civili caussa esse. Actionum in personam caussæ civiles eædem, quæ & obligationum: hæ fere, contractus omnes, de quibus egit supra in argumento obligationum: quasi contractus item omnes: In maleficiis damnum iniuria datum ex lege Aquilia; furtum nec manifestum ex lege duodecim tabularum. In his tamen pleraque facta improbantur legibus. Sed quod improbantur, hoc ipsum caussam præbuit legi, ut adversus ea constitueretur actio. Qua ex his factis iure civili constituta, vere dixerimus ista facta harum actionum legitimas & civiles actiones esse: proinde & actiones ex his caussis legitimis & civilibus descendere.

XIII. Quod si descriptio superior vera est, ut sit civilis actionum caussa, quam ius constituit ad agendum, & ex qua actionem dedit: nullæ sunt ut Accursius putavit, caussæ actionum civiles ex ea prudentum interpretatione, quæ initio iuris constituti appellata est ius civile; nullæ ex ea parte, quæ olim dicta est legis actiones; tametsi utrasque constat iuris civilis partes fuisse; *L. 2. §. his legibus, §. novissime, D. de ori. iur.* nullæ ex responsis prudentum, etsi hæc quoque inter partes iuris etiam nunc numerantur. *§. constat, supra de iust. & iur. L. ius autem, D. de iust. & iur.* Non sane quod si ex his partibus actiones ullæ ob certas caussas datæ essent, non æque recte hæ caussæ dicerentur legitimæ & civiles, ut sunt caussæ actionum ex cæteris iuris partibus: sed quod ut ex his nullæ actiones dantur aut unquam datæ sunt, vel dari possunt: ita nec inde ullæ agendi caussæ constitutæ: proinde nec inde ullæ actionum caussæ civiles ex superiore definitione. Prudentum non est, aut unquam fuit actionem constituere ex aliqua caussa; sed an data esset lege, interpretari, & eam quæ data erat, ostendere. Unde eorum opera, & ea pars quæ appellabatur ius civile, dicebatur interpretatio prudentum, seu pars in prudentum interpretatione consistens. *d. L. 2. §. his legibus*, & *§. novissime*. Ea autem pars quæ dicebatur legis actiones, etsi

tota

tota profecta erat a prudentibus: non tamen ideo ita dicebatur, quod in ea a prudentibus actiones datæ essent, sed quod quæ a legibus prioribus datæ erant, essent compositæ, id est, certis formulis inclusæ, quibus cives inter se disceptarent; ita ut ea pars non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formam contineret, ut aperte declaratur in *d. L.* 2. *§. bis legibus*, versf. *deinde:* & *d. §. novissime*, verslc. *igitur*, *de orig. iur.*

Quas prætor ex sua iurisdictione comparatas habet.

XIV. Quæ actiones & obligationes a prætore proficiscuntur, eas prætor ex sua iurisdictione constituit, ut est in §. 1. *supra de obl.* Constituendo comparat, id est, facit, ut sint paratæ iis, quibus proponuntur. Ait, *ex sua iurisdictione*. Atqui actiones prætor ex edictis suis comparatas habet. Proponebant enim edicta prætores: *L.* 2. *§. eodem tempore*, *D. de ori. iur.* atque his edictis actiones, quas pollicebantur se cuique uti quæque res erat daturos, ut exemplo sunt edicta omnia, quæ exstant in Pandectis ad actionem aliquam pertinentia. Quomodo igitur actiones aut obligationes prætoriæ ex iurisdictione? quia edicta iurisdictionis prætoriæ pars erant. Quia ergo ex edictis, ideo ex iurisdictione; cum & edicta ipsa essent iurisdictionis.

XV. Nam iurisdictio est iuris dicendi potestas. Hæc potestas in prætoribus duabus in rebus sita erat; in iure publice proponendo, ac velut constituendo; quod fiebat edictis: & in iure constituto privatis reddendo. *d. L.* 2. *§. eodem*, *de ori. iur.* Utroque modo ius dicere recte dicebatur prætor. Illic publice civibus universis: hic privatim singulis postulantibus. Nam & cum ius proponitur publice, iam multo ante quam usus veniat, dicitur ius: dicitur enim civibus, quod ius prætor de re quaque dicturus sit, ut sciant cives, & se præmuniant: qui finis edictorum erat, ut est in *d. L.* 2. *§. eodem*.

XVI. Prætorias actiones hic tantum nominat; ædilicias omisit: ut in divisione hac civilium & prætoriarum actionum videri possint quædam omissæ, quæ nec civiles sint, nec prætoriæ: non sine manifesto vitio divisionis. Nam & ædiliciæ actiones quædam sunt, edicto ædilium comparatæ de rebus morbosis, vitiosisve venditis, redhibitoria & quanto minoris emptor emptorus esset. *L.* 1. *L. sciendum*, *§. ult. D. de æd. ed.* Atque has constat nec civiles esse, nec ex civilibus caussis: & quidem multo minus quam prætorias: quoniam minor potestas ædilium fuit in edictis proponendis, quam prætorum. *§. prætorum*, *supra de iur. nat.* Sed non tantum hoc loco, verum in aliis quoque similium rerum divisionibus observare possumus idem admissum esse a veteribus, ut ubique contenti fuerint prætorias dicere, ubi tamen ædiliciæ in eadem caussa haberentur. Ut in divisione obligationum in §. 1. *supra de obl.* quæ plane eadem est, quæ & hic actionum: item in divisione stipulationum: *supra de divis. stip.* Neque tamen aut hic aut illic quidquam a veteribus peccatum est. Respondet enim Pomponius, & cum hoc Iustinianus in *L.* 5. *D. de verb. obl. supra de divis. stip.* §. *prætoriæ*. Prætorias sive stipulationes, sive obligationes, sive actiones, sic audiri oportere; ut in his contineantur etiam ædiliciæ: quoniam & hæ ab iurisdictione veniunt. Quo non significatur ædilicias esse prætorias: sed ex prætoriarum verbo etiam ædilicias intelligi propter similitudinem: quia sunt ex eadem iurisdictione: ut sic quodammodo ex parte præcipua iuris honorarii, totum ipsum ius honorarium intelligatur: quod pluribus exposui ad *d. L.* 5. *D. de verb. oblig.*

XVII. Illud in definitione prætoriarum tum obligationum, tum actionum diligenter notandum est, quod prætoriæ dicuntur, quæ constitutæ sunt, & comparatæ ex iurisdictione prætoris, & hic & in §. 1. *supra de obl.* aliter atque obligationes & actiones civiles, quæ in *d.* §. 1. *de obl.* definiuntur, non solum quæ sunt constitutæ legibus, sed etiam quæ iure certo civili comprobatæ. Et ita res habet. Quæ conventiones iure gentium obligationem & actionem pariunt, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & similes earum obligationes & actiones etsi nascuntur a iure gentium: tamen iure civili comprobatæ & admissæ fiunt civiles, & ita appellantur in usu iuris. *L. iuris gentium*, *D. de pact. L. in commodato*, *§. sicut*, *D. com.* Sic & in rem actio ex iure civili est, si quis rem suam vindicet: *§. namque*, *seq.* tametsi potest res actoris esse iure gentium, ex quo & ius rei persequendæ. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed ius civile actionem in eandem rem admittendo suam fecit. Non eadem conditio prætoriarum. Solæ sunt prætoriæ,

quæ

quæ proficiscuntur ex iurisdictione & edicto prætoris. Quod si quæ sint iure civili constitutæ aut admissæ, ut civiles sint, non ideo fiunt prætoriæ, etsi edicto prætoris erunt propositæ. Exemplo est actio commodati, quæ proposita edicto monitorio, quod extat in *L.* 1. *D. com.* nihilominus est civilis. *d. L. in commodato*, §. *sicut D. eod.* Differentiæ ratio est in auctoritate utriusque iuris, civilis & prætorii. Ius civile obligationes & actiones iuris gentium comprobando simul etiam constituere & inducere in civitatem videtur: quia alioqui sine huius iuris auctoritate, & non admissæ nos non tenerent; potuit enim non admittere. At prætor eas quæ ante ex iure civili erant, edictis suis pollicendo, nequaquam easdem constituere, aut etiam magis confirmare intelligitur: quando & hæ sine auctoritate prætoris eædem futuræ essent. Legis enim auctoritate valent, in qua constituendi iuris potestas est; non valent auctoritate prætoris, qui nihil nisi huius iuris viva vox est. *L. non & ipsum, D. de iust. & iur.* Quorsum ergo easdem actiones edictis proponere? ut fieret id, cuius caussa maxime edicta comparata erant, ut monerentur edicto cives, & ut est in *d. L.* 2. §. *eodem D. de ori. iur.* ut scirent cives, quod ius de re quaque dicturus esset prætor, & se præmunirent.

XVIII. Nec mutatur hæc sententia in actione noxali, quæ ex noxa servi datur adversus eum, qui eum servum desiit dolo possidere: de quo tamen iusta dubitatio est. Hanc prætoriam esse scriptum est in *L. electio*, §. *item si ex pluribus*, *D. de nox. act.* & hoc quia ex hac caussa actionem prætor in eum qui possidere desiit, nominatim edicto proposuit. At eadem prius ex iure civili esse videri potest. Nam iure civili & directo dari constat adversus eum, qui servum in potestate habet, possidet: ut adversus hunc sine dubio sit iuris civilis actio. *d. L. electio*, §. *item si ex. L. si plurium*, *D. eod.* An non ergo & civilis, atque ex hoc ipso iure in eundem, si dolo malo possidere desiit? quod regulæ iuris consequens est, qua efficitur dolum pro possessore haberi. *L. qui dolo. L. parem*, *D. de reg. iur.* Et hoc admisit Accursius in *d. L. electio*, §. *item si ex.* ac ne videantur hæc contraria, ita conciliat, ut dicat origine civilem esse; quod & hic tuetur: sed per extensionem dici prætoriam. Quod verum non est. Adversus eum, qui dolo possidere desiit, vere prætoria est; quia in hunc casum inducta est solum a prætore: In eum casum ius civile actionem non dedit; certe non ita dedit, ut de eo satis posset constare. Nihil ad rem pertinet, quod actio noxalis iure civili certo datur adversus eum, qui servum possidet; & dolus pro possessore habetur. Hoc enim posterius non ex verbis est, ut apparet; sed quia sententia legis ad hunc quoque casum porrigitur. Hæc Interpretatio non statim fuit in hac specie iuris admittenda. Quod enim actio ex noxa servi datur adversus possidentem, odio delicti comparatum est: odia autem interpretatione non sunt adiuvanda. *L. cum quidam*, *D. de lib. & post.* Aut si ius ad hanc quoque speciem porrigi placet, necesse fuit id iurisdictione suppleri, & certo induci: quod hic factum est a prætore, ut & faciendum esse docemur in *L. nam ut ait*, *D. de legib.* ut proinde inductio sit prætoris, non iuris civilis.

XIX. *Necessarium est exemplis ostendere.* Necessarium non absolute, sed cum adiuncto, si velimus, hoc quod diximus, recte intelligi. *Plerumque ita permittit prætor agere.* Plerumque dicit, quia non omni ei, qui dominus non est, ita permittit; sed soli ei, in quem concurrunt ea, quæ pro caussa huius actionis exigit, quæ sane non semper concurrunt. *Ut vel actor dicat se quasi usucepisse:* quam intentionem esse dicit Publicianæ in §. *namque*, *seq.* quam recte, ibi opportunius dicetur. *Vel ex diverso possessor*; quod pertinet ad rescissoriam actionem, de qua in §. *rursus*, ubi vere dicit actor adversarium suum non usucepisse, quod usucepit, dum intelligitur non usucepisse iure prætorio, quod usucepit iure civili: quia iuris civilis usucapio iure prætorio infirmatur.

XX. Illud, *possessor*, quod legitur in omnibus exemplaribus vulgaribus, quomodo & Accursius sine ulla significatione variantis scripturæ legit, vitiosum videtur: ut dicatur is possessor agere, & dicere adversarium suum non usucepisse; nam de actore in utroque exemplo hic agitur. Et sane nihil vitiosius, nec magis falsum, si possessorem eum accipimus, qui nunc possidet: cum possessori nunquam ultro actio detur. *L.* 1. §. *pen. D. uti pos.* Sed nihil vetat possessorem hic intelligi, ut Accursius interpretatur, veterem possessorem, id est, eum qui ante fuit possessor; ut dicitur insula, quæ ante fuit insula: *L. insula*, *D. de acq. rer. do.* tutor post pubertatem, qui ante fuit tutor, *L. si tutor*, *L. si post*, *D. de tut. & rat.*

Digitized by Google

& rat. dist. Nec mirum a Iustiniano ita hic possessorem appellari: nam & in §. *rursus*, paulo post sequenti idem dominum vocat, qui nunc dominus non est, sed qui aliquando fuit. Alii malunt, *possessorem*, hoc sensu, ut ex diverso actor dicat possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse: quomodo & in quibusdam exemplaribus veteribus legitur, & Theophilus locum sic vertit, ut sic quoque videatur legisse, qui adversarium istum possessorem facit. Vera sententia citra controversiam: sed & vera prior, quæ idem exprimit: ut propter sententiam nihil intersit, utro modo legatur. Si de commoditate scripturæ quæritur; melius fecisset omnino Iustinianus, si omisisset utrumque hoc verbum, *possessor*, vel *possessorem*, & ita scripsisset: si vel actor dicat prius illud: vel ex diverso dicat adversarium suum usucepisse. Ut illud actor positum initio orationis disiunctivæ, ad utrumque membrum eius orationis, & utrumque verbum, dicat, referretur: sic enim omni vitio & obscuritate careret oratio. Addito autem alterutro, vel *possessor*, vel *possessorem*, difficile est statuere utrum ad commoditatem orationis sit melius. Obscurius est paulo illud *possessor*, ut possessorem interpretemur, qui olim possessor fuit: sed tamen ex verbo actoris satis explicatur; cum iure non possit agere, qui nunc possidet. Quod si legimus *possessorem*, habebit oratio sua quoque vitia, & fortasse maiora. Nam & hic traiectio est verborum inelegans & inepte affectata; possessorem dicat adversarium suum usucepisse, pro dicat posseforem eundemque adversarium suum usucepisse. Deinde illud, adversarium suum, accipere oportebit dictum per appositionem, ut sit, possessorem qui adversarius suus est: qua figura loquendi haud temere quisquam reperiet nostros unquam usos fuisse: ut quæ orationem reddat obscuriorem, non necessaria in prorsa oratione iis, qui perspicue & intelligenter loqui velint. Quod cum ita sit, nolim contendere: sed tamen in pari incommodo malim veterem & usitatam lectionem retinere propter auctoritatem, & fidem.

Namque si cui.

§. IV.

Publiciana qua ex caussa. I.
Publiciana etiam de servitutibus. II.
Publiciana non de his rebus, quarum alienatio & usucapio est interdicta. III.
Publiciana non omnium rerum traditionem exigit. IV.
Caussa iusta, quae: & quae in Publiciana accipienda. V.
Publicianam etiam iusta caussa nulla praecedente, interdum competere. VI.
Bona fides ad Publicianam necessaria, & quando hanc intervenire oporteat. VII.
Publiciana non domino competit. VIII.
Publiciana possessione casu amissa competit; & quis hic casus intelligendus sit. IX.
Publicianae inducendae ratio atque aequitas. X. & XIV.
Directa actio in rem, civilis; Publiciana utilis, & ita vocatur. XI.
Vindicare dominium recte dicitur. XII.
Durum, iniquum, & cur. XIII.
Publicianae intentio, qua actor dicit se usucepisse, quomodo accipienda. XIV.
Publiciana adversus possessorem, non tamen adversus dominum rei: praeterquam certis casibus, & quibus. XV.

Namque si cui ex iusta caussa res aliqua tradita fuerit (veluti ex caussa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum eius rei dominus effectus est: si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse: quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

I. PRoponitur hic Publiciana in rem actio. De qua Iustinianus haec distincte complectitur, Qua ex caussa cui competat; A quo inducta, & quae fuerit caussa eius introducendae, Quid in ea actor intendat; Cur Publiciana appelletur. Quintum praetermissum, praecipue hic notandum tamen, adversus quem haec actio competat. Singula breviter attingemus. Proposita est haec actio certa ex caussa. In ea insunt haec omnia: si cui res aliqua tradita erit; si tradita ex iusta caussa; si bona fide accipienti; & si forte ex caussa emptionis, si tradita erit bona fide ementi, accipientique; si is necdum eius rei dominus effectus erit: postremo si eius rei possessionem casu amiserit. Ex quibus caetera omnia hic initio comprehensa: solum omissum quod ad bonam fidem ementis, accipientisque pertinet. Nos singula eodem ordine exsequemur.

II. *Si res aliqua:* nempe aliena, ut est in edicto. *L.* 1. *D. eod.* sed non fuit necesse hic addi, quia id postea satis indicatur illis verbis, *& necdum eius rei dominus effectus est:* quod non aliter contingit, quam si is qui tradebat, dominus non fuit: alioqui traditione statim dominus efficeretur, qui accipit. *§. per traditionem, supra de rer. divis.* Quae res sit, nihil interest; si tamen *tradita erit.* Traduntur proprie res corporales, eaedem quae tangi & prehendi possunt. Quae res facit, ut incorporalium, puta servitutum, nulla proprie traditio sit, uti nec possessio: *L. ult. D. de servit.* ut verba si praefracte sequimur, nec de servitutibus constituta sit Publiciana. Sed traditionem hic accipimus latius, quidquid eiusmodi est, ut pro traditione habeatur iure, etsi subtiliter non sit traditio natura. Eiusmodi traditio est in servitutibus usus eius iuris,& domini servitutem constituentis patientia. *d. L. ult. de servit.* Quapropter & servitutes ad hoc edictum pertinebunt, ut si forte ususfructus, aut alia servitus constituta erit illo modo ab eo, dominus praedii non erat, de servitute Publiciana competat. *L. si ego. §.* 1. *D. de publ.*

III.

III. Plane si quæ sit res, cuius alienatio sit interdicta, nec de ea Publiciana competet, quanvis ex iusta caussa tradita fuerit. *L. cum sponsus*, *§. pen. D. eod.* De his enim rebus edictum loquitur, quæ usucapi possunt, & nondum usucaptæ petuntur. Quarum autem rerum alienatio non est, earum nec [1] usucapio est. *L. si fundum*, *D. de fun. dot.* Diversum est, si res non prohibeatur lege alienari, sed ideo usucapi non possit, quia non possideatur adversus dominum: ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, quæ [2] possidentur adversus eos qui ius vectigale, aut superficiarium habent, non adversus dominos ipsos, quibus pensio annua debetur, & solvitur. Hæc si bona fide tradita sint ab eo, qui tradendi ius non habuit, Publiciana competet. *d. L. sponsus*, *§. in vectigalibus*, *D. eod.*

IV. *Tradita fuerit*, Traditionem exigit, ut & edicto expressum est. *L. 1. L. 7. §. pen.* & *ult. D. eod.* Sed notandum hoc ad eas tantum species pertinere, in quibus ad dominium acquirendum traditione opus est. Cæterum quibus ex caussis dominium transfertur sine traditione voluntate domini; ex iisdem [3] caussis si res translata erit voluntate eius, qui dominus putabatur, Publiciana dabitur: ut,

1) Regula enim *L. 9. §. 5. h. t.* de his accipienda ut in exemplis eiusdem §. vid. Ufill. *ad §. 4. I. de act. n.* 67. Vult. *ibid. n.* 23.

2) Recte. Nam & hic licet emphyteuta & superficiarius in præiudicium civitatis vel municipii, aut qui id ius constituerunt, (vulgo domini directi,) tempore non acquirat: Nil tamen impedit, quin possessor rei emphyteuticæ vel superficiei contra eum, qui id ius constitutum habet, usucapiat, Ant *in Summa ad Tit. I. de act. n.* 15. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. Hot. *Disp. feud. C.* 20. Kitterhuſ. *Partit. feudal. Lib.* 1. *C.* 18. *Q.* 11. Quomodo & Ræv. 1. *Var.* 5. conciliat *d. L.* 12. §. 2. cum *L.* 15. §. 27. *de dam. inf.* quod nempe horum prædiorum proprietas populi vel municipum maneat *d.* §. 2. usus tamen & fructus longo tempore acquiratur *d.* §. 27. Cuiac. autem *in Paulo ad d. L.* 12. §. 2. regulam *L.* 9. §. 5. latius accipit: quasi dicat, quæ nec usucapi nec longo tempore quæri possunt. In *d.* §. 2. non usucapi vectigalia scilicet stricte; olim in mobilibus biennio, acquiri autem longo tempore *d.* §. 27. prædia etiam vectigalia, sive tributaria sint, sive stipendiaria. Ant. vero Faber 64. *Err. Prag.* 9. loqui vult IC. *d.* §. 2. de prædiis quæ vere vectigalia quidem, sed quæ empta non tanquam vectigalia, sed tanquam propria venditoris, cui tamen ea ceu vectigalia concessa. Hoc, ait, denotant verba: *si forte bona fide mihi tradita*, id est, si empta traditaque acceperim, ignorans esse vectigalia, ubi usucapio quidem impeditur, non ob defectum bonæ fidei, sed rerum qualitatem, quæ usucapi nequeunt sua conditione, nisi municipum negligentia caussam det usucapioni, ut *d.* §. 27. Ast Publiciana datur, quia ratio, quæ usucapioni obsistit, hic cessat. Non enim vitio possidentis, odiove eius inhibetur usucapio; sed solo favore civitatis, quam pericilitari non oportet ex facto & negligentia conductoris, si is vel vendiderit, vel ab alio possidere passus fuerit, annua tamen canonis præstatione non omissa. Nam si omissa ea, negligentia municipum in exigendo vectigali iis imputatur *d.* §. 27. Ita Faber. Qui & in hoc differre vectigalem ab emphyteuta sentit, quod ille libere vendat, nec res ab eo auferri possit, quandiu vectigal sive ab ipso sive ab emptore penditur. Sed hæc alterius loci, illa tuo iudicio relinquo, ipse non nimium eis tribuens. Equidem quod e diverso sentit Faber 64. *Err. Prag.* 3. si quis emerit fundum tanquam vectigalem, nec Publicianam dari, neque etiam actionem de fundo vectigali, eo quod hic non sit vectigalis, probari non potest. Ita namque emptorem bonæ fidei omne remedium destitueret, quod durum est. Et quidni detur Publiciana non ad fundum, sed ad ius fundi: seu ut is petatur, non perinde ac si ceu proprium usuceperit actor, sed ceu vectigalem. In superficie quoque Publicianæ locus *d. L.* 9. §. 3. Atqui nunquam dicitur sine solo capi posse *L.* 26. *L.* 39. *de usucap.* & nec superficiei dominus est superficiarius ut *supra Lib.* 9. *C.* 17. *n.* 10. Hortenſ. *ad L.* 13. §. 3. *de pignor.* vult imo usucapi posse per *d. L.* 12. §. 3. Et intelligit *d. L.* 26. cum Accursio de superficie dominio iuncta ac cum eo confusa, non de separata & alii constituta, Rem non expedit A. Fab. *d. Err.* 3. etsi superficiarii usucapioni mera iuris ratio obsistat, quia tamen idem favor bonæ fidei possessoris, ideo & hic Publicianam dari, si quis emat rem superficiariam a non domino, quem dominum putabat. Quod si ab illo emerit quem superficiarium credebat, bona fide, cum non esset, Publicianæ locum esse negat. Quia non potest esse, ut, quod bona fides in usucapione requirit, se dominum credat, qui putat auctorem superficiarium, qui nec dominus est, nec esse potest quandiu talis. Verum puto probabiliter dici, quod & tunc si a superficiario, quem esse putabat superficiem quis emerit, usu longi temporis quasi dominium seu ius superficiei acquiratur, saltem adversus verum superficiarium, & in eius præiudicium, Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. (ut ita *d. L.* 26. exaudiatur de usucapione superficiei contra dominum soli, qui superficiem alteri constituit.) Ergo & eidem si tempora nondum impleta, Publiciana datur ad vindicandam non rem aut solum, sed superficiem, seu ad rem ceu superficiariam.

3) Etsi enim vulgo easdem hic, quas ad usucapionem perficiendam, conditiones requirant. Unde quinque huius actionis requisita referunt, de quibus Sneidvin. *ad* §. 3. iunct. *seq. I. de act. n.* 35. *& seqq.* Nicol. Carbon. *Practica Lib.* 9. *C.* 2. *n.* 9. *& n.* 4. Quomodo & Hot. *in Epitom. D. h. t. n.* 3. Tria hic, ait, concurrant oportet: Traditio ea iusta caussa, bona fides & usucapionis initium, quanvis momentaneum *L.* 12. §. *ult. h. t.* Traditionem autem etiam fictam sufficere tradunt *L.* 9. §. 1. *&* 2. *h. t.* Mynſ. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 55. Hinc & ex constituto possessorio hanc actionem dari volunt Tiraq. *de iure constit. possess. P.* 1. *n.* 16. Recte tamen Weſ. *ad Rub. C. de R. V. n.* 14. quod hæc actio ad traditionem & usucapionem restringenda non sit. Cum & iis, qui ex alia caussa possident, detur, ut *L.* 7. §. 7. *hoc tit. L.* 18. §. 5. *de dam. inf.* Hinc Ulpianus *L.* 1. §. *ult. h. tit.* quæstionem movit cur traditionis solum & usucapionis edicto mentio facta. Cui cum respondisse probabile est. Sed responsionem illam non habemus, quia nec integra Iurisconsultorum responsa, vid. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *in defens. rei sub fin.* Immo edicto solius emptionis factam fuisse mentionem, colligit Cuiac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t. ex L.* 3. *L.* 7. §. 11 *& L.* 8. *h. t.* ad alias tamen caussas porrectum *L.* 2. *& seqq. h. t.* Ea quacunque igitur caussa dominium citra traditionem & possessionem acquiritur, ut rei vindicatio detur, ea iisdem etiam citra eandem caussa dominii, & ius dominio finitimum, quod Publicianam parit, vid. Oldend. *d. Act.* 3. *in Practica n.* 3. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 7. Mynſ. *ad* §. 4. *I. h. tit. n.* 33. qui tamen sibi contrarius fere dum *n.* 55. apprehensionem tamen possessionis sine vitio exigit. Caussa dico dominii seu titulus. Neque enim ea semper possessioni cohæret, sed sæpe præcedit, & abscedente possessione manet. Quare legatario, ex. gr. liberum erit an rem legatam, si forte ab alio teneatur, civili an hac prætoria actione petere velit, etsi nunquam antea possederit per *d. L.* 12. §. 1. *& regulam L.* 7. §. 8. *h. t.* & fac. *L.* 15. *h. t.* Quid enim si non consultum sit rei vindicatione experiri; si nec expedita probatio dominii defuncti sit legatario. Non enim audiendi qui in casibus his possessione nunquam apprehensa, Publicianam non posse intentari ex persona agentis, sed ex auctoris, sentiunt & *d.* §. 1. ita exaudiunt si & defuncto fuerit ius exercendæ Publicianæ, & post mortem eius possessio ad tertium venerit, heresque vel legatarius ex persona testatoris experiatur, Sneidv. *ad d.* §. 3. *n.* 3. *&* 7. Menoch. *Adipisc. possess. Remed.* 4. *n.* 601. *& seq.* Quod facile refellitur. Nam (1) *d. L.* 12. §. 1. indefinite concepta, tot subauditiones non admittit, scitum-

si res legata sit ab eo qui dominus non erat. Exemplo est is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est. Quem placet etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti posse Publiciana. *L. cum, sponsus, §. is cui, D. eod.* nempe ideo, quod restituta hereditate, omnia iura in fideicommissarium transeunt. *L. 1. D. ad Treb. §. restituta, supra de fid. her.*

V. *Ex iusta caussa:* Iusta caussa dici potest omnis ratio iusta obtinendæ alicuius rei, sive quis rem ut suam possideat, & ex dominii caussa, sive ut alienam, dum a volente possessore accipit sibi habendi & possidendi caussa, ut ex caussa pignoris, aut precario traditam. *L. quæcunque, D. de publ. L. communi, §. si duo, D. com. divi.* Et in summa, iusta caussa cum generaliter dicitur, tam possessionis solius caussa sine opinione dominii intelligi potest, quam dominii acquirendi caussa. Sed in hac actione, & hac parte iuris iustam caussam tantum intelligimus eam, ex qua dominium acquiritur, si dominus sit qui tradit: non etiam qua acquiritur tantum iusta possessio: ut declaratur in *d. L. quæcunque, de publ.* Quod acceptum est ex eo, quod sequitur in edicto, *& nondum usucaptum petet. L. 1. D. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea caussa sit, ut usucapi quidem possit; nondum tamen usucaptum petatur. Non potest autem res usucapi, nisi ex iis caussis quæsita, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit. *L. clavibus, D. de contr. empt. tit. de usuc.* in princ. *supra.* Dum autem sit eiusmodi aliqua caussa, nihil retulerit, quæ sit [4] emptione, an donatio, aut dos, aut legatum, & similes, ut hic de his exempli caussa comprehensum est. Caussæ pluribus indicatæ in *L. 1.* & aliquot sequentibus, *D. de publician. in rem act.* Nulla ergo caussa ex his præcedente cessat Publiciana.

VI. Quid tamen si quis errore facti iusto caussam subesse putet, quæ non est, veluti si emerit a furioso, quem ignoret furere? Emptionem non valere constat. *L. in negotiis, D. de reg. iur.* Placuit tamen emptorem posse usucapere. *L. 2. §. si a furioso, D. pro empt.* An ergo & Publiciana dabitur? hic quidam loci dissidere videntur. Nam in *L. 7. §. Marcellus, D. de publician. in rem act.* traditur simul hæc cedere, ut quia emptor potest usucapere, etiam publicianam habeat in hac ipsa specie. In eadem specie Paulus admittit usucapionem utilitatis caussa: Publicianam competere negat, uti & actionem de evictione. *L. 2. §. si a furioso. D. pro empt.* Et probo Accursii [5] distinctionem ultimam, quæ est in *d. L.*

scitumque est oe distinctionem lege ipsa non proditam nos comminiscamur: (2) Accessionibus possessionis ad usucapionem implendam ex persona auctoris nos uti non ioconcione dicemus. Ast quod heres, vel legatarius actionem ullam ex persona defuncti exerceat vix apposite dicetur. Ex persona alterius agit, cuius actio non est propria. At cuiusnam magis quam heredis, universi iuris successoris. Experitur hoc Publiciana iure hereditario, quia hic ipsi titulus, hæc caussa cui ius agendi innititur (remota scilicet quomodo ex. gr. dominium vindicanti caussa est titulus empti a domino habitus.) Ast non magis ex persona defuncti agit heres, vel legatarius quam emptor, qui rem traditam accepit, ex persona venditoris. Tametsi uterque bona fide sui auctoris adiuvetur, ut *infra N. 6.* Quare & ad similia hoc ius *d. §. 1.* trahemus. Veluti: Sicuti Ecclesia rem sibi donatam vindicare potest, quam nec unquam possedit per ea quæ *supra Lib. 4. C. 2. n. 9.* ita eandem Publiciana petere, si ambigat anne auctor suus dominus fuerit, aut si vere fuerit quidem, sed id probatu non expeditum. Certe ita statui oportet; alioqui ius dominii citra possessionem acquirendi inane erit. Quis enim effectus erit, aut cui bono ista constituta, nisi ut ita dominus effectus rem absentem recte persequatur. Atqui, quæ difficultas est dominium auctoris probandi, absque hoc prætorio subsidio foret, rarissime quis petitorio vinceret. Old. *Cl. 3. Act. 3. inuio.* Aut nullus itaque aut perrarus usus esset ipsius iuris. Cesso plura etsi suppetant. Satis hæc, opinor, ita contra plerosque adstructa.

4) Etsi servus, tutor, procurator emerint traditumque acceperint *L. 7. §. 10. L. 19. §. ult. h.* ac etsi servus non peculiari nomine *L. 10. h. 1.* ad quod vid. Cuiac. *in Paulo ad L. 2. h. 1.* item etsi in fuga sit, ut possessionem per eum nactus non sit dominus *L. 15. h.* si scilicet servus domino acquiri noluerit, ut accipit Zoes. *ad L. 1. §. 14. de acquir. poss. n. 5* nec alios adversatur in eo *d. §. 4.* Et hic quoque casus, quo qui nunquam possedit, Publiciana experitur, eoque firmantur tradita *N. præced.*

5) Vera hæc distinctio Accursii *ad d. L. 7. §. 2.* Quam firmat noster *ad d. §. 4. l. de act. n. 6.* Quia *d. §. 16.* iungitur Publiciana actioni de evictione. Hæc autem non adversus alium intelligi potest quam ipsum furiosum, qui vendidit. Deinde si utilitatis caussa recepta usucapio *d. §. 16.* quæ dominium aufert: magis Publiciana nihil auferens domino, sed extraneis possessoribus alienam. Et Rob. 2. *Relect.* 10. *&* 2. *Animav.* 27. *ac* 2. *notat. ad Mercat.* 27. hæc comprobat per *§. seq.* 3. *d. L.* 7. verbis: *quæ etiam adversus donatorem.* Ergo, ait, species *§. præced.* de Publiciana contra alium, non contra auctorem, &c. Plane Cuiac *ad d. L. 2. §. 16. Pro emptore* verba eiusdem *§. nec Publiciana competit*, ceu mendosa resecat, notatus a Rob. *dd. locis* & Cisnero *ad L. 3. de Usucap. n. 17.* & A. Fabro 1. *Coniectur.* 18. Ipseque Cuiac. 16. *Observ.* 29. sententiam suam quasi retractat, agnoscens ea verba, quæ & *in Basil. Lib. 50. Tit. 4.* haberi testatur. Et id omne quod *d. §. 16.* habetur, de summo iure accipit, quo ipso usucapionem sequi verum sit. Atque ita inter ius strictum *d. §. 16.* & æquitatem *d. §. 2.* distinguunt Duar. *ad Tit. D. de Usucap Cap. 2.* Cisner. *ad d. L. 3. n. 18.* Bronch. 4. *Ass.* 10. Quod merito refellit Robert. 2. *Animadv.* 27. *&* 2. *notar.* 27. Sicuti nec audiendi qui dissensionem Iurisconsultorum agnoscunt Pac. 7. *Enant. Q.* 3. (qui tamen ex mente Iustiniani inter ius strictum & benignum æque distinguendum censet) & A. Fab. 1. *Coniect.* 18. Tanquam Paulus *d. §. 16.* rationi Ulpiani *d. §. 2.* respondeat in verbis *utilitatis caussa* hoc sensu: Quod sic receptum, non est protrahendum *L. 14. de LL.* Non enim, ait, uti usucapionem adiuvat favor publicus, ita & Publicianam, sed privata tantum utilitas, propter quam a iuris regula non receditur. Ast immo maior merito favor Publicianæ, minusque hæc odiosa quam usucapio. Cum ea domino ius suum illibatum servet, & possessori eum primis iniuste obsistat.

Digitized by Google

d. L. 7. §. Marcellus; ut ex huiusmodi emptione non sit Publiciana, nempe adversus furiosum qui vendidit: ut hoc similiter dictum intelligamus, uti Paulus prius dixerat ex ea emptione de evictione actionem non nasci: quæ sane actio non adversus alium intelligi potest, quam adversus venditorem. At si agetur adversus alios, uti adversus eos usucapio admittitur, sic admittetur & Publiciana. Quæ sententia Marcelli & Ulpiani fuit in *d. L. 7. §. Marcellus*: & omnino retinenda est, estque verissima. Non enim minus instam caussam possessionis desiderat usucapio, quam Publiciana. *L. Celsus, D. de usur. & usuc. tit. de usuc. supra*. Et tamen hæc ipsa quæ non est, fingitur subesse in superiore specie ad usucapionem utilitatis caussa auctore Paulo in *d. L. 2. §. si a furioso, D. pro empt.* Quanto magis subesse existimari debebit ob eandem utilitatem ad Publicianam? Nam usucapio etiam ipsi domino dominium aufert: Publiciana nihil domino, ut quæ adversus hunc non detur: extraneis possessoribus aufert aliquid, sed possessionem tantum, & quidem alienam: id est, eam quæ prius actoris fuit, & nunc esse debet, non possessorum.

VII. *Bona fide accipienti, ementive*: Hæc verba omissa sunt hoc loco, sed exigi edicto etiam bonam fidem accipientis: in emptione autem etiam ementis simul, & accipientis, constat ex *L. sed etsi, 7. §. prætor, D. eod.* Bona fide emere, aut accipere dicitur, qui eum a quo emit, aut accipit, putat dominum esse, aut ius transferendi habere; puta tutorem aut procuratorem esse. *L. bonæ fidei, D. de verb. signif. L. qui, a quolibet, D. de contr. empt.* Notandum, quod dixi circa bonam fidem possessoris, hoc interesse inter emptionem & cæteras caussas, ex quibus res traditur, quod in emptione duobus temporibus [6] bonam fidem intervenire oportet, & cum emit, & cum res ei traditur, ut sit usucapioni & Publicianæ locus: in cæteris autem caussis sufficit ad bonam fidem spectari tempus traditionis. *d. L. sed etsi, 7. §. Publiciana, D. de Publ. L. 2. in pr. D. pro empt.* Quibus de rebus in usucapione ut proprio loco diligentius cognoscendum est.

VIII.

obsistat. Absque qua foret, ipsique domini rero, probatione non iure defecti, suum vel a prædonibus obtinerent. Et quod publicæ utilitatis ratione in hac inducenda motus Prætor, probant verba §. 4. *I. de act.* durum erat, & plerique nostrorum agnoscunt, vid. Oldend. *Cl. 3. Act. 3.*

6) Eademque, uti ad usucapionem vid. *supra Lib. 5. C. 17. n. 51.* ita & hic in emptione non traditionis solum, sed & contractus tempore exigitur *L. 7. §. pen. & ult. h. t.* Mynſ. *ad §. 4. I. h. t. n. 25.* Sneidvin. *n. 41.* Old. *Cl. 3. Act. 3. in Practica pag. 335.* Et ita *d. L. 7. §. ult.* exponit Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C. 43.* ut in verbis extremis vocula *tunc* denotet tempus traditionis, verba autem *ab initio traditionis* significent contractum, quo agitur ut tradatur, quia ex contractu emptionis initium & veluti iter capiatur ad traditionem. Sed quia ita plane idem *d. §. ult.* alius modo verbis repeteret quod *prior* §. monuit, præfero explicationem Gothofredi *ibid.* quod non satis sit ignorantia rei alienæ, sed quid amplius aliquando ad bonam fidem requiratur. Et inde firmo quod & qui credit rem venditoris esse, possit mala fide accipere, si sciens contra leges mercatur: de quo nos alio loco. Hinc sicuti mala fides superveniens, cursum usucapionis non sistit, *supra Lib. 5. Cap. 17. n. 8.* ita nec Publicianam. Adeo ut etsi quoad illam ius Canonicum a civili recesserit *ut ibid. not.* hic tamen nec eo quidem iure correctionem vulgo agnoscant, cum hæc non ita odiosa sit, nec quidquam domino auferat, aut in eius incommodum vergat, sed eius solum, qui ipse minus vel nihil iuris habet, collatus actori, ita post lasonem *in §. 3. I. de act. n. 77. & n. 86.* Sneidvin. *ibid. n. 59.* Menoch. *Recup. poss. Remed. 16. n. 12. & seq.* Io. Bapt. Asin. *de Execut. §. 7. Cap. 81.* post plures relatos Gilken. *de Præscript. P. 2. Memb. 2. C. 7. n. 35.* Bona fides autem solius emptoris (ex. gr. idem in alio) continetur ut *L. 7. §. 13. h. t.* Quare non nocet mala fides auctoris, ut ne quidem heredi dolus defuncti *d. L. 7. §. 12.* (etsi hic contra sit in usucapione ut *supra Lib. 5. Cap. 20. n. 29.*) Iure enim fieri potest, ut sicuti quandoque dominium transfert qui ipse non habet, ita & caussam dominii *L. 46. de acq. do. 6.* Old. *Cl. 3. Act. 3. Q. 3.* Neque id iure novo correctum post *auth. mala fidei C. de præscr. long. temp. Nov. 119. C. 7.* ut male quidam voluerunt contendentes hodie Publicianam exerceri non posse. Quos refellit sane Oldend. *d. Act. 3. in defens. rei pag. 339.* (& iisdem verbis ex eo non laudato, nunc non laudando, Mynſ. *ad d. §. 4. n. 30.*) Sed ita, ut tamen iis nimis largiri videatur, dum sic locum dat hodie actioni huic Oldendorpius, si mala fides auctoris, opposita petitori ab adversario non appareat, vel iudici satis non probetur. Ut ita non bona fides auctoris probanda sit actori, sed contrarium reo. Rectius qui nullam hic quoque mutationem agnoscunt. Nam *d. auth.* non tollit præscriptionem in casibus, de quibus loquitur, sed in longius tempus differt, Sneidvin. *ad d. §. 4. n. 43.* Et hic quoque rationi superioris diversitatis locus, unde nec iure Canonico aliud dicendum videtur. Quod & menti auctorum antecitatorum convenire reor. Hoc amplius bona fides auctoris efficit, ut successori detur hæc actio, etsi ipse dolo non careat *d. L. 7. §. 12.* Quod de herede ac successore universali accipit, Mynsing *ad d. §. 4. n. 27.* & faciunt ea, quæ *supra Lib. 5. C. 20. n. 24.* Tentari potest idem esse in singulari: cum *d. §. 12.* indefinite successorem vocet, & is maxime successor, qui in rem ut *supra d. C. 20. n. 25.* Sed de hoc alio & loco & tempore. Plane uti superiori casu cautio, ne de mala fide auctoris confiteatur agens, Sneidvin. *ad d. §. 4. n. 43.* sed si reus ea obiecta se defendat, eum audiri non debere, nec ad probationem admitti contendat. Ita hic, opinor, tutius faciet successor, si intentionem suam in titulo suo, & iure hereditario, ex. gr. ac bona fide auctoris fundet, & de his fidem faciat, non autem malam fidem suam agnoscat, obiiciente eam adversario (quis enim æquus iudex huic reum condemnabit) sed ad probandum eam illum non admitti debere dicat. Quin & Old *d. Act. 3. in defens. rei* censet exceptionem malæ fidei petitori non ab alio reo obiici posse, quam cui ipsi ius aliquod in re, quia alias sit exceptio de iure tertii, cui replicare possit actor: *habeo rem, quod ad te attinet, bono iure* arg. *L. 4. §. pen. Si ser. vind.* Quod tamen asserere nolim. Cæterum allegnda hic est bona fides petitori, non autem probanda, cum ea caussa seu titulo, qui probandus, inferatur ac iure præsumatur, tametsi iuramento actoris probandam velint Oldend. *d. Act. 3. pag. 336.* vid. Sneidvin. *ad d. §. 3. n. 48. & seqq.* Mynſ. *ad §. 4. eod. n. 58.* At Wes. *ad Tit. C. de R. V. n. 48.* nec allegationem necessariam concedit, etsi utilem esse fateatur,

Digitized by Google

VIII. *Et necdum eius rei* [7] *dominus effectus est*. Id ita fit, si & rem acceperit ab eo, qui dominus non erat, & acceptam nondum usuceperit: quæ duo edicto expressa sunt. *d. L. 1. D. eod.* Nam si res a domino tradita est, statim traditione possessor dominus efficitur. §. per traditionem. *supra de rer. div.* Aut si etiam possessor rem non a domino traditam & bona fide acceptam per constitutum usucapioni tempus possedit; res fit eius usucapione. *tit. de usuc. supra L. traditionibus, C. de transf.* Atque his casibus Publiciana non datur; ideo, quia fuit supervacua: cum dominio iure gentium aut iure civili quæsito, sit directa & civilis in rem actio. *L. in rem, D. de rei vind.* & sequitur postea in hoc §. *Habet*, inquit Ulpianus, his casibus actor *civilem actionem, nec desiderat honorariam. L. 1. D. de public. in rem act.*

IX. *Et casu possessionem amiserit*. Quippe adhuc possidenti nunquam ultro datur actio ad rem obtinendam: cum sufficiat ei, quod possidet, ut supra diximus. *L. 1. §. pen. D. uti poss.* Additum est casu, ut significetur hoc verbo quidquid opponitur possessoris voluntati, distinguaturque qui amisit possessionem non volens, ab eo qui suo facto & sua voluntate amisit: puta rem vendendo, aut permutando, aut donando. Quibus [8] modis qui fecit, quominus rem haberet, merito ei ideo Publiciana non datur, quia nec vero domino re ab eo alienata, & iure eius amisso ulla in rem actio competeret. X.

[7]) Hinc perniciosus plurium error, vero domino Publicianam negantium, & per *d. L. 1. §. 1. & L. 18. de pignor. d. §. 4. Inst. de act.* & quia, aiunt, non alii hæc actio, quam qui usucapere potest. Dominus autem rem suam nequit. Et cui iure civili satis provisum directa actione, non est quod ei Prætor subveniat. Denique quod hæ actiones sibi invicem adversentur, ita Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 8. Sneidvin. *ad §. sed iste* 3. iunct. *seq. I. de act. n.* 24. *& seq.* Vult. *ibid. n.* 11. *& n.* 20. ec Gifan. & Harpt. *n.* 15. Valent. Guil. Forst. *Tract. Iustin. Part.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 4. *lit. B.* Quem errorem convellit Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *passim* & Mynsing. ad *d. §. 4. n.* 38. *& seqq.* Nos eiusdem radices ac fibras omnes amputabimus. Ecquodnam vero domino, si probatio dominii, quæ fere semper in difficili est, non suppetat, rei persequendæ erit remedium, si non hoc. Siquidem nec interdicto recipere possessionem poterit, si casu amisit. Anne vel omne ei remedium abdicabimus, & ex ea ipsa caussa hanc actionem negabimus, quod plus iuris habeat, quam daremus, si minus iuris haberet. Vel scientem mentiri cogemus, si hac intentata necesse habebit dicere aut se dominum non esse, ut Accursius vult & Iaso ad *d. §. 4.* aut se ambigere utrum sit dominus, ut post Angelum Sneidvin. ad *d. §. 4. n.* 45. Quorum illud insulsum, ut recte Oldend. *d. lo. p.* 337. utrumque vanissimum & falsissimum est. Cum immo ex conditione bonæ fidei sit, & sic agenti necessarium *L. 13. §. 1. h. tit.* ut se dominum esse credat. An non autem tanto magis credit, quanto minus dubitat. Vindicatio civilis uti ex parte agentis exigit dominium, ita prætoria hæc caussam dominii, id est titulum, bonam fidem & traditionem auctoria, (nisi in casibus quibus hæc non necessaria, ut *supra N.* 3.) Fac iam dominum verum, qui vel non certo scit quod sit dominus, credit tamen: (quid enim si auctor, a quo accepit, vere dominus fuit; sed de illo successori non satis liqueat) vel certo scit, sed probare nequit: (pone instrumenta unde possessio longissima auctoris & consequenter usucapio constabat, perdita esse; testes qui de eadem illi privatim fidem fecerant, obiisse) vel probare etiam potest, sed eam molestiam, moras item iudicii, quod longissime extrahi sic solet, evitare satagit; Iudicio sic intendere: Fundum Sempronianum, quem tu possides, me a Seio venditum bona fide accepisse, (aut mihi testamento Seii legatum) aio: Eum mihi restitui, Iudex, peto. Quæ vera formula est vid. *infra N.* 12. Intentione hac firmata, quid est quod actorem ex persona sua submoveat. *Anne* reus eum repellet dicendo: At tu dominus es, ideo non hac actione experiri debes, sed alia. Ita sane Accurs. *in gl. magna §. 4. I. de act.* his verbis: in ea (*Publiciana*) obtinebit, nisi adversarius probet actorem dominum huius (*rei*) fuisse. Quod si probet, dabitur ei rei vindicatio. Qui enim Publiciana succubuit, non repellitur a rei vindicatione directa. Absurde dicit Accursius *probet*, item *succubuit*. Qui enim probatio huius rei exigetur a Reo? Nonne is, confitendo dominium actoris, malitiam ipse suam prodit, & quod nulla sibi caussa restitutionem vel negandi vel remorandi. Qui succumbet Publiciana, qui confessione adversam intentionem suam non modo implevit, sed quid amplius. Non enim quæ abundant vitiant. Falsissimum quippe est, quod toti errori caussam præbuit, actiones has origine pugnantes esse: cum potius valde affines sint, origine, medio, & exitu; alteraque alterius supplemento perficiatur, ut Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 326. *& seq.* & maioris minorisque ad invicem rationem habeant: ut, sicuti cui aureus est, eidem & grossus: ita &c. Oldend. *ibid. pag.* 332. Sicuti & heredi civili bonorum possessio datur *§. 1. in fin. I. de bon. poss.* At ius bonæ fidei possessoris non adversum est dominio, sed affine, finitimum. Anne initio reus repellet actorem, quasi non rite (& ut vulgo formiter) intendat. Sane si formulas *gl. d. loc.* sectamur, id dicendum. Itaque agere oportebit; Fundum &c. a Seio non domino, vel, quem dubito an fuerit dominus, venditum accepi: Eum restitui, iure quasi dominii, perinde ac si usucepissem, peto. Ast hac ratione iura, quæ mendacia coercent, dominum aut mentiri scientem cogerent, aut oneri difficillimo probandi usucapionem, dominiumve adstringerent, ob id ipsum quia dominus: Qui non adstringeretur si dominus non foret. Iunge *not. infra N.* 12. Hinc facile concidunt rationes adversæ. Nam illa verba; *necdum dominus d. §. 4.* & similia referenda ad casus crebro contingentes, non autem ad opinionem accipientis, rem & intentionem petentis, quasi actio hæc in eo fundetur, quod non sit dominus, vid. Old. *d. Act.* 3. *pag.* 325. *& p.* 338. Nec vero ex certitudine naturæ, cui omnia cognita, sed ex eo quod est in usu & foro, & ad hominum captum, actiones æstimandæ, Old. *ibid. pag.* 332. Sic quod *d. L. 1. §. 1. h. t.* habetur in casu inventionis verum est, quia ad id prodita Publiciana, ut quasi domino subveniret, Myns. ad *d. §. 4. n.* 41. Ac illa *si usucaptum est d. §. 1.* accipienda: si idem constet, aut si id probandum in se recipiat & intentet actor. Tunc enim Publicianam non rite intentat, non quia huius intentio illi intentioni contraria, quin imo illa huic consequens esse potest; sed quia tunc iure civili communi satis ipsi consulitur: add. Old. *d. Act.* 3. *p.* 324. Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 45. *in fin.* Unde nec has actiones coniunctim proponere licebit. Tametsi, ex quo usu fori cumulatio actionum frequentari cœpit; inde & rei vindicationem ac Publicianam eodem libello proponi non temere invaluerit, sed disiunctim: unde formula hodie vulgaris: Peto declarari rem iure dominii, vel quasi ad me pertinare, Oldend. *d. Act.* 3 *pag.* 336. Sneidvin. ad §. 3. *I. de act. n.* 61. *& seqq.* Mynsing. ad §. 4. *eod. n.* 62. *& seq.* Gail. 1. *Obs.* 62. *n.* 5. Wesenb. ad *Tit. C. de R. V. n.* 45. Bronch. 1. *Ass.* 76 Busius ad *L. 1. h. t. per C. Abbate* 3. *de re iud. in* 6. Ubi dominio probato sententia feretur, qualem rei vindicatio exigit; non probato, qualem hæc actio, quod iudici animadvertendum, Oldend. *d. loc. p.* 337. Confer. Gœd. ad *L.* 28. *de V. S. n.* 6. *& ad L.* 124. *eod.* Sic nec argumentum a contrario sensu *ex d. L.* 18. *de pign.* valet; de quo vid. Myns. *d. loc. n.* 42. *& seqq.*

[8]) Etsi ad id metu vel dolo inductus, quia & is utcunque voluit, Oldend. *Cl.* 3. *pag.* 333. Forst. *Tract. Inst. P.* 2. *Disp.* 3. *Th. lit. C.*

Digitized by Google

X. Publiciana a prætore est. Caussa & ratio eius constituendæ, rei æquitas, quod hac actione non constituta futurum fuerit, ut iustus possessor, si possessione excidisset, nullam actionem in rem haberet; nulla enim fuit iure civili. Nullam autem esse actionem hoc casu, iniquum. Ratio comprehensa illis verbis, *nullam habet:* quæ cuiusmodi sit, & ut verbis exprimatur, videamus.

XI. *Nullam habet in rem directam actionem*. Directam vocat civilem & iure civili proditam: quod ratio subiecta explicat. Cum enim pro ratione dicere debuisset: quippe ita proditæ sunt directæ actiones: ita rationem reddidit; *quippe ita proditæ sunt iure civili actiones:* ut intelligeremus eas directas esse, quas nunc dicit iure civili proditas. Directam actionem utili opponimus. *L. actio, D. de neg. gest. §. ult. supra de leg. Aq.* ut sit directa, quæ verbis ipsis legis recta datur alicui, & in aliquem; quasi in hunc verba ipsa legis dirigantur: utilis, quæ verbis cessantibus datur ex sententia & mente legis utilitatis caussa, ut appositissimo exemplo legis Aquiliæ declaratur in *d. §. ult. de leg. Aq.* Quo ex sensu si Publiciana directæ isti & civili recte opponitur, erit nimirum civilis in rem actio, directa: Publiciana actio utilis. At quomodo tandem Publiciana utilis, quæ nihilominus & ipsa apertis verbis edicti datur? Dicitur utilis 9 ad ius civile relata; quia ex huius quoque sententia & ratione ducitur. Datur enim iure civili in rem actio domino. Possessor qui non a domino accepit, quantumvis iustus, tamen dominus non est: ut hic quidem cessent verba legis: sed pro domino est habendus: quamobrem, mox dicetur. Danda igitur & huic in rem actio ex sententia legis propter eandem rationem, quæ sententiam & mentem legis indicat: ac si ex hac sententia dabitur, erit utilis ex superiore definitione. Sed cur hic spectamus ius civile potius, quam prætorium, quo hæc actio nominatim prodita est, cum illo sit omissa? Quia edictum ipsum prætoris de hac actione nihil aliud continet, quam istam ipsam sententiam iuris civilis: quam ille interpretatus & secutus, in hunc casum, qui lege omissus erat, clarius induxit actionem. Pertinetque omnino hæc species ad eos casus, qui quandoque similes cum incidunt, lege omissi, supplentur iurisdictione prætoria propter eandem utilitatem: ut faciendum esse præcipitur, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, & occurrunt alia, quæ ad eandem utilitatem tendunt. *L. nam ut ait, D. de legib.*

XII. *Ita proditæ sunt iure civili actiones*. Intellige in rem; quo de genere prius ita proposuerat; nullam habet in rem directam actionem. *Ut quis dominium suum vindicet*. Non recte, dixerit aliquis, dominium suum vindicet. Nam si habet, cur petit, quod habet? si non habet, in rem agere non potest. *L. in rem, D. de rei vind.* An igitur hac obiectione moti cum Accursio per dominium suum, rem dominii sui accipiemus, ut ille fecit? Nihil necesse est. Et qui rem vindicat, recte dicitur dominium vindicare. Hoc enim vindicare significat, suum esse dicere, sibi asserere quid proprium, quod & re vera proprium est. Atenim frustra vindicat dominium, qui habet. Frustra si quis vindicando dominium peteret. Nunc autem de dominio non agit, ut habeat; sed ut res sibi restituatur, quæ abest: quod quia consequi non potest, nisi se prius dominum esse probaverit, ideo ab intentione dominii orditur, & se dominum esse contendit, ac talem se esse pronuntiari postulat: quod & illo probante ut fiat, primum officium est iudicis in hac actione. *L. & ex diverso, §. 1. D. de rei vind.*

XIII. *Durum* 10 *erat eo casu deficere actionem*. Durum, iniquum & iniustum: quod tum maxime usurpatur, cum verbis iuris nimis inhærendo æquitatem omittimus: sic hoc verbi explicatur in *L. illud, D. de her. pet.* ubi quod initio durum dicitur in oratione Hadriani, paulo post dicitur iniustum. Translatio ducta a rebus duris, quæ quia natura sunt rigida & immota, ideo tractanti non cedunt, nec ulla arte tractando molliri possunt. Tale est ius summum: quod verba præfracte retinens æquitate se vinci aut molliri non patitur; æquitati nihil concedens; æquitati inexorabile. Unde & fit iniquum: *ex quo illud, Summum ius, summa iniuria, factum*, inquit Cicero, *tritum sermone proverbium, Lib. 1 Off.* usurpatum a Terentio in Heaut. Huius autem generis est hoc ius, quo in rem actio datur domino.

9) Directa autem ad edictum Publicii relata, Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 327. Adde *not. Lib.* 21: *Crv. Commentar. C.* 2 *N.* 7.

10 Quam duritiem scite explicat hic Donellus noster & Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *pag.* 326. Hinc bonæ fidei possessor sæpe dicitur domini loco, & vocatur dominus *L.* 32. *de usucap. L.* 84. *de furt.* Meritoque iure domini fruitur, quoties res est cum alio quam cum domino, quia æquius est illum rem recipere, quam alium eandem tenere, Cuiac. *in Papin. ad L.* 14. *h. t.* Vult. *ad.* §. 3. *&* 4. *I. h. t. num.* 12.

mino; si domini verbum præfracte urgendo, non patimur id ius produci ad ullos qui domini non sint, quanvis ii incidant, quos æquum sit in hac re pro dominis habere & tueri. Hoc est igitur, quod hic durum & iniquum recte dicitur. Iniquum autem hoc casu deficere actionem, quia possessio eius, qui rem pro sua possidet & colit, si est iusta, id est, si eam ex iusta caussa & bona fide nactus est, hoc meretur, ut possessor in ea re pro domino habeatur, quandiu in eo nulli alii fit iniuria: idque ita fit, dum eo facto vero domino res sua non aufertur. Et ita etiam habetur iure. Nam iure gentium bonæ fidei possessor in fructibus percipiendis id iuris habet, quod dominis prædiorum tributum est, ut similiter percepti fiant eius pro opera & cultura. *L. qui scit, §. 1. D. de usur. §. si quis a non domino, supra de rer. divis.* Iure autem civili cum iusto tempore possederit, rem usu facit suam, *supra de usuc.* in princ. Et ut desint cætera: at certe iusta possessio semel actori iure quæsita est: hanc illi tueri æquum est: ut sive adhuc obtinet, eam retineat: sive casu amisit, danda sit opera, ut ei restituatur. Tantum ne eum tueamur adversus verum dominum, cui propter alienam possessionem quantumvis iustam res sua auferri non debet. Cæterum si res agetur cum alio qui dominus non est, semper iustus possessor hoc ipso quod talis est, plus iuris habet in possessione obtinenda, quam qui aut nullo iure rem tenet, aut possessionem [11] post eum qui nunc agit, nactus est. Æquum igitur & hactenus eum haberi pro domino laborantem de re sua, id est possessione, recuperanda: & ei in hunc casum actionem in rem dari. Idque ita Publiciana actione provisum est: quæ ei qui iustam possessionem aliquando nactus est, his de caussis datur adversus omnem possessorem: sic tamen, ut verus dominus excipiatur. Quæ æquitas est & ius huius actionis, ut declaratur in *L. ult. D. de public. in rem act.*

XIV. Intentio huius actionis notatur his verbis; *in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam non usucepit, & ita vindicat suam esse.* Sed intentio si ad verba exigitur, adeo falsa, adeo adversus edictum & hunc ipsum locum, ut nihil magis. Quid enim, an non in omni actione ad recte agendum id dicendum est, quod pro caussa eius actionis positum est iure aut civili aut prætorio? Sane hoc ipsum, non aliud. Is enim recte quid petit, qui petit ex ea caussa, ex

11) Receptissimum tamen vulgo est Publicianam non dari contra possessorem noviorem, si & ipse bonam fidem ac titulum habet, nisi ab eodem caussam petitor habeat, tum per *L. 9. §. 4. h. tit.* tum quia possessio iuncta titulo fortior sit nudo titulo, Sneidvin. *ad §. 3. & seq. I. de act. n.* 28. Old. *Cl. 3. Act. 3. p.* 330. Vasq. 2. *ill. Contr.* 70. *in f.* Petr. Barbosa *ad alienam* 11. ipsi 12. *D. Sol. matr. n.* 45. Curt. Iun. *Cons.* 137. *n.* 2. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15. *n.* 91. Wesenb. *ad tit. C. de R. V. n.* 17 Quod tamen declarant modo & huius titulus sit iustus, caussam dominii præbens, veluti titulus pro herede, de quo *Tit. D. Pro herede* non autem qui *Tit. de Petit. her.* Oldend. *d. loc.* & Sneidvin. *n.* 32. Confer. *Lib 5. Civil. Commentarior. Cap.* 14. nec in fraudem agentis procuratus, Sneidv. *n.* 31. Oldend. & Wesenb. *d. loc.* & de eo appareat. Alias vel ex eo solo quod antiquior possessio titulata, novior clandestina censetur, ait Barbosa *d. n.* 45. Quidam etiam ubi petitor ex caussa onerosa tenuit actionem hanc contra noviorem possessorem ex titulo lucrativo concedunt, quod potior ratio esse debeat damni evitandi, quam lucri, Vult. *in d. § 3. & seq. I. de act. n.* 18. post Usillum *ibid. n.* 23. & Forst. *Tract. Iust. P.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 4. *lit. D* Verum hoc omne etsi non temere ab interpretibus statui videatur, eorum tamen magis auctoritate, quam LL. veritate iurisque ratione nititur. Quod & Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 47. sentire & priora, quæ *n.* 17. veluti corrigere videtur. Nam (1) *d. L.* 9 §. 4. loquitur de casu quo alteri emptori res plane non tradita per verba: *qui tantum emit*. Ac imo (2) ratio: eo ipso quod prior possessor bonæ fidei & cum titulo dominus a prætore fingitur, posterior, etsi rem teneat, contra illum fingi nequit, ne duæ fictiones contrariæ in iisdem personis concurrant. Et fictio extremum habile requirit, fuse Alc. *ad L. si is qui* 15. *de Usucapion.* Quare posterior hic possessor fingi quidem & ipse potest dominus, sed contra eos qui post se venient. Alias (3) fortior quoque erit fictio in casu ficto, quam veritas in vero contra *L.* 19. *§. pen. Locati L.* 8. *§. ult. de opt. leg.* Nam nec verus dominus exceptionem dominii utiliter obiicit ei, contra quem actionem efficacem non habet ut in *Comm. ad Tit. de action. §. 4. n.* 15. *versic. sed tamen vindicat*. Adhæc (4) semel quæsitum priori quasi dominium ac ius possidendi (quidam dominium possess. vocant) illi sine facto suo & culpa, quæcunque bona fides sit posterioris, adimi nequit. Nisi dicas regulæ *L.* 11. *de R. I.* in iis quæ iuris prætorii, locum non esse, quod non probabis, nec persuadebis. Sed nec (5) ex auctoritate prætoris est, ut quem semel loco domini habuit, eundem rursus restituat. Accedit (6) quod *L. pen. h. tit.* exceptionem *iusti* dominii obiiciendam dicit. Hanc quomodo obiiciet posterior priori: Immo (7) quam aliam obiiciet. Neque enim regulæ *L.* 156. *§.* 1. *de R. I.* æquitas eum tuetur. Cum non possit dicere se, si actor possideret, contra illum actione experiri posse. At *d. L.* 156 *§.* 1. est de exceptione contra eundem danda, contra quem foret actio. Neque enim ex. gr. cui actio ex vendito contra Seium, eidem exceptio rei venditæ contra Caium; cui actio spolii vel interdictum contra Titium, ei exceptio spolii contra Mævium &c. Ei igitur exceptionem obiicit possessor, contra quem si ille possideret ageret. Ageret autem utique non contra antiquiori, sed noviori titulo prædium. Unde nec (8) absonum forte quod Wesenb. *d. n.* 57. Publicianam inniti præsumpto dominio ex antiquiore possessione. Quod si ita est hæc præsumptio a noviori possessore non nisi contraria probatione sui dominii eliditur. Et hæc ita certissima reor. Contrarium autem receptum est, tametsi nullo iure. Quo usu fori facilis cautio commentitio titulo eludendi hoc iudicium. Nam posterior possessor, qui nullo iure tenet Publicianam timens aut præsagiens, procurare potest antea simulatum instrumentum emptionis, subornare, qui vendidisse se tanti vel tanti dicat. Nam etsi tradant procuratum titulum hunc non prodesse ut supra, etsi item verissimum sit hunc esse in mala fide. Ex alia tamen doctrina DD. facile malignus hic possessor tuebitur, cum ipsi satis sit bonam fidem allegare, & actori contrarium probandum incumbat, quæ probatio plerumque difficillima. Ast si rationi iuris hic in iudiciis sua constaret auctoritas, omnis ansa tali commento & vafritiei præcisa foret.

ex qua iure actio constituta est: sic enim ex sua caussa sequitur actio tamquam eius caussæ effectus: nec sine sua caussa ullus effectus potest intelligi. At actio Publiciana comparata est nominatim ex hac caussa, si quis rem iusta ex caussa & bona fide nactus sit, cuius possessionem casu amiserit. Neque id tantum comprehensum est edicto in *L.* 1. *L.* 7. *§. prætor*, *D. de publician. in rem act.* sed etiam hoc loco pluribus expressum. Hoc igitur ipsum ad actionem recte instituendam dicere oportet, non aliud. Illud quidem tantum abest, ut dicere debeat actor se usucepisse, ut nunquam detur hæc actio, nisi ei, qui nondum usucaptum petet, ut est in edicto, *d. L.* 1. *eod.* aut ut hoc loco, ei qui nondum dominus eius rei effectus erit: ut iam hæc intentio dicentis se usucepisse, non tantum non sit huius actionis ex regula omnium actionum; sed etiam sit ipsi actionis constitutioni, & his quæ prius hic posita sunt, plane contraria. Non vitamus reprehensionem, si verba hæc, *dicat eam rem se usucepisse*, interpretemur ex *§. præcedenti*, vers. *ut ecce*. ut dicat actor non plene se usucepisse, sed quod est in eo §. se quasi usucepisse. Nam ne hoc quidem verum est, actorem in hac actione dicere se quasi usucepisse; cum non debeat aliud dicere, quam id quod est in caussa huius actionis cum ex edicto, tum ex hoc loco: se nimirum rem nactum esse ex iusta caussa & bona fide, etsi nondum dominus factus sit per usucapionem. Quod sane qui dicit non modo de re a se usucapta nihil dicit; sed etiam ultro non usucepisse se fatetur. Et hæc ita sunt, si quis verba Iustiniani ita accipiat, quasi velit actorem in hac actione uti his verbis, ut dicat se usucepisse, aut quasi usucepisse. Sed hoc dictum, sive hæc intentio actoris non ad verba referenda est, sed ad effectum & sententiam verborum. De hoc effectu aliquid loquitur hoc loco Accursius: sed longe aliud sentiens, atque ego volo intelligi. Ille enim hoc sentit, & ipse explicat, actorem sic agere & intendere debere: Peto rem mihi restitui iure quasi dominii, perinde quasi usucepissem, falsum ex his, quæ supra dixi. Ego autem hoc sentio, actorem dicere se usucepisse, aut quasi usucepisse, non ut hoc totidem verbis exprimat, sed ut dicat id quod idem valeat ad agendum & rem repetendam, ac si usucepisset: id tamen, quod sit proprium huius actionis, & quod dicendum atque intendendum esse ex superioribus patet. Dicet igitur id, quod supra pro caussa huius actionis positum est: se scilicet [12] eam rem bona fide emisse a Lucio Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse: petere se, ut sibi restituatur. Hoc vero qui dicit, vi ipsa hoc dicere videtur, etsi forte nondum rem usuceperit quam ita nactus est: tamen se ita petere eam rem sibi restitui, quasi usucepisset. Nam & hoc ex edicto de Publiciana iuris est: ut profecto hoc effectu inspecto vere dicat Iustinianus actorem dicere se usucepisse, certe pro eo habendum quasi usucepisset, quod non usucepit. In quo nihil falsum dicitur neque a Iustiniano, neque ab actore: vere enim actor non usucepit, nec iure civili, nec prætorio; sed proposita a prætore hac actione, qua res actori non aliter restitui debet, quam domino; plane sic agitur, quasi actor usucepisset: quoniam rei alienæ dominus effici non potuit domino ignorante, nisi usucapione. Publiciana ab auctore, de quo hic expressum est in extremo.

XV. Illud postremum hic animadvertendum, quod a Iustiniano omissum est, & ad actionem recte instituendam omnino pertinet, adversus quem detur hæc actio. Dicitur quidem superiore §. in rem esse, ut & in inscriptione tit. de Publiciana in rem actione. D. Quod & ipsum statim nos admonet eam adversus possesso-

12) Atque hæc aptissima pariter ac simplicissima huius actionis formula, firmata, *supra N.* 7. Non quas Accursius & alii comminiscuntur. Unde hanc intentans nihil falsi, nihil fictitium dicere necesse habet. Nedum eum mentiri oportet, ut Speculator voluit. Et fere Cuiac. qui 2. *Feud. Tit.* 20. *&* 14 *QQ. Papin. in L.* 15. *§.* 1. *de inoff.* falsas expositiones ac titulos in foro recipi, ac dari iniquæ actioni colorem, scribit. Sæpissime nos uti in foro falsis narrationibus ac titulis. Quæ certe supina & crassa locutio ansam præbet facile calumniandi augustissimi iuris scientiam alienis ab ea auctoribus. Qui & alias sæpe verba captando, nec qua mente dicatur attendendo Iurisconsultos nostros carpunt immerenter. Exemplo sit Ioan. Passerat. *Præfat. in Libb. Cic. de LL.* Non tam scite se expediunt qui actori dicendum volunt *se quasi usucepisse*, itaque a mendacio vindicant, quia vocula *quasi* fictionem & similitudinem denotet, Azo *in Summa ad tit. Inst. de act. n.* 16. Vult. *ad §.* 3. *& seq. eod. n.* 21. Sed nec iis assentior qui rem ab eo ceu suam & a se usucaptam peti volunt, ut Cuiac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t.* Gifan. *in d. §.* 4. & Hot. *ibid.* quia, inquit, eius est, si non pleni dominii, tamen bonæ fidei ratione & tituli ac usucapionis inchoatæ. A quibus non alienus videtur, Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 325. qui nuda facti superficie hic mendacium apparere, iuris auctoritate non esse, cum actor dolo nil afferat, nec animo fallendi: sed ut ius suum persequatur. Neque tamen dico omnem fictionem hic abesse. Sed nulla fictio est in sermone agentis, verum in ipso iure prætorio, quod vel momento inchoatam usucapionem *L.* 12. *§. ult.* habet pro impleta, Vult. *d. n.* 21. Ubi nihil suppletur in facto & qualitate possidendi, bona fide &c. sed in iure usucapiendi argum. *L.* 48. *§.* 1. *de acquir. dom.* Oldend. *d. loc.* Fingere enim legis est, & ut scite Corn. Fronto. Fingere artis est, ut mentiri fraudis, Curt. 3. *Coniect. ad Fr.* 13.

rem dari, aut eum qui dolo malo desiit possidere, ut est conditio omnium actionum in rem, ut in caussis actionum exponendis supra ostendi initio §. praecedentis, sufficitque ad eam rem unum exemplum actionis hypothecariæ, quæ & ipsa in rem prætoria est. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. 2. C. si unus ex plur. creditor. deb.* Sed quod de æquitate huius actionis ante attigi, hoc loco certius monendi sumus, proprium hoc esse huius actionis, ut eam detur adversus omnes possessores, adversus dominum rei non detur. *L. pen. L. ult. D. de public.* Cuius rei ratio significatur hæc in *d. L. ult.* quod quæ æquitas in Publiciana actione tuetur actorem adversus cæteros possessores, quod plus iuris habet in re petita, quam cæteri: hæc illum deficit, & oppugnat agentem adversus dominum, quem constat multo plus iuris habere in re sua, quam quemlibet quamvis iustum possessorem, qui dominus non sit. Unde & exceptio vulgo usurpari solita adversus Publicianam, si ea res de qua agitur, possessoris non sit: quæ exceptio insti dominii vocatur in [13] *l. pen.* ubi eodem sensu & Publicianæ obiicienda esse dicitur. Perpetuum hoc est non minus, quam illud, quod placet domino adversus omnem possessorem ultro in rem actionem dari. *L. officium. L. in rem, D. de rei vind.* Immo vero hoc quam illud, multo certius. Facilius enim possidenti exceptio datur ad retinendum, quam non possidenti actio ad persequendum: ut si domino detur actio, multo magis ad rem retinendam ei exceptionem competere quis dixerit, iuxta regulam iuris. *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Sed tamen & vindicanti domino multa sæpe obstant, quominus possessor ei rem restituere debeat. Hæc eadem & possidenti, ac Publiciana actione convento obstabunt, quominus retineat. Et generaliter quibus ex caussis ad summovendam dominii retentionem possessori exceptio est, ex iisdem caussis amissa possessione adversus dominum agenti ad repellendam dominii exceptionem est replicatio. *L. si Titio, D. de rei vind.* scilicet ut & hic exceptio replicatione, tanquam actio exceptione infirmetur: postquam exceptio velut actio quædam est: *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus, D. de prob.* replicatio autem nihil aliud nisi exceptio, quæ datur actori. *L. 2. §. 1. D. de exc.* Tria sunt autem genera earum rerum, quæ dominum summovent. Quædam sunt, quæ faciunt, ut is pro domino non habeatur adversus possessorem. Quædam, ut possessori etiam si non possideret, ultro rem tradere, aut restituere debeat. Quædam, ut saltem pati debeat rem apud eum manere. Primi generis est res iudicata, qua quandoque agente domino possessor absolutus est, quo declaratur actorem dominum non videri. Unde exceptio rei iudicatæ possessori, & eidem possessione amissa cum vetere domino agenti adversus exceptionem dominii, rei iudicatæ replicatio [14] *L. si quis rem. D. de exc. rei iud.* Eiusdem generis & [15] iusiurandum, si possessor deferente domino iuraverit rem eius non esse, aut suam esse. Unde iurisiurandi exceptio & replicatio adversus eum qui detulit. *§ æque, infra de exc.* Utrumque eo pertineos, ut dominus pro domino non habeatur inter easdem personas, quia ita iudicatum, aut ita iuratum est; post quæ nihil amplius quæritur, *L. post rem, D. de re iud.* Secundum genus hanc rationem habet, ut si adversus dominum actio est, ut rem nondum traditam tradat, aut restituat, multo magis re tradita sit adversus eum ad retinendum exceptio aut replicatio. *L. vindicantem, D. de evict.* fit autem ut dominus obligetur ad rem tradendam, ex venditione, sive vendidit ipse sive procurator eius ipso mandante: nam & adversus dominum procuratoris ex ea caussa agi potest utili actione ex empto. *L. Iulianus, §. si procurator, D. de act. empt.* Quare si aut ex sua venditione rem tradidit emptori cum adhuc dominus non esset, deinde dominus factus rem ut suam vindicet, vel agente emptore sibi defendat; aut procurator qui voluntate domini vendiderat, prohibente eo rem tradiderit emptori: utroque casu emptorem tuebitur prætor: sive possideat, exceptione

13) Et fac. *L.* 173. §. *ult. de R. I.* Neque enim Prætor inducere debuit beneficium in domini iniuriam, eive suum auferre. Et æquius est tueri dominum quam possessorem bonæ fidei *d. L. ult.* Donel. *ad d.* §. 4. *n.* 15. Vult. *n.* 15. Sneidvin. *n.* 34 P. Fab. 2. *Semestr.* 17. *pag.* 281. Apparet autem hinc actionem tamen ipso iure consistere & opponi exceptionem necesse esse, Sneidvin. *d. n.* 34. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *pag.* 33. Proditaque videtur hæc dominii exceptio contra hanc actionem peculiariter. Namque in aliis, vel non necessariam, ut in rei vindicatione, ubi contra vindicatio non exceptio proprie est, neque ut Wes. *ad tit.* C. *de R. V. n.* 56. *&* n. 84. vult, illius species est hæc exceptio, vel ei locum non esse puto. Tametsi multum DD. disceptent, quando remediis possessoriis opponi possit, ut Menoch. passim Zange. *de Exc. P.* 3. C. 24. add. *not. Lib.* 22. *Civil. Commentar. C.* 3. *N.* 3.

14) Quam & de Publiciana recte exponit *Wes. ad Tit. C. de R. V. n.* 57. & Oldendor. *Cl.* 3. *Act.* 3 *p.* 329.

15) Obstare videtur *L.* 7. §. 7. *in fin. h. t.* vid. Wes. *d. n.* 57. & Mudæ. ad §. *item si* 11. *I. de act. n.* 24. *& seqq.*

ne adversus dominum vindicantem; sive Publiciana rem petat, replicatione adversus dominii exceptionem. De priore specie est in *L. si a Titio*, *D. de rei vind.* de posteriore in [16] *L. Papinianus*. *D. de publ.* Fiebat olim, ut dominus teneretur ad rem restituendam sine damno dominii rei suæ, sive mobilem eripuisset alteri, sive de fundo alterum deiecisset: illic actione vi bonorum raptorum, *tit. de vi bo. rap. supra*. hic interdicto unde vi. *L. 1. D. de vi*. Quæ res faciebat, ut si hæc adversus iustum possessorem admissa essent, sic posset possessor etiam Publiciana adversus dominum experiri, ut esset actio utilis, cui si obiiceretur dominii exceptio, actor replicatione doli uteretur quando ei etiam ultro actio in personam ad rem recuperandam competeret. *L. damni*, *§. non solum*, *D. de damn. inf.* Hodie post eas constitutiones, quæ raptori & invasori dominium perire iubent, & in adversarium transire, *L. si quis in tantam*, *C. unde vi*, *§. sed ne dum. supra de vi bon. rap.* huic quæstioni in hac specie locus non est; in qua nec qui prior dominus fuerat, dominus manet, ut possit adhuc rem vindicare; & qui prius possidebat, ita iam fit dominus, ut non agat adversus alium dominum, cum ipse sit dominus, nec agat Publiciana, cum ei civilis in rem actio cœperit competere. Tertii generis sunt transactio, omnisque pactio, qua placuit inter dominum & possessorem, ut possessor fundum retineret: hanc enim conventionem ita tuetur prætor edicto de pactis, ut sive iterum agatur cum possessore, pacti exceptione defendatur; sive possessione amissa a domino petat, adversus exceptionem dominii replicatione adiuvetur, ut est vulgaris pacti exceptio, *§. præterea infra, de exc. L. cum proponas, 2. C. de pact.*

16) Cuius tamen decisio dubio non vacat; vid. Cuiac. 6. QQ. *Papin. ad d. L.* 14. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 328. *& seq.* Forner. 3. *Select.* 6. Refert & Cuiac. 10. *Obj.* 6. casus quibus hæc exceptio replicatione doli, vel in factum elidatur, extare in *L.* 63. *de R. V. L.* 31. *Ex quib. ca. mai. L.* 57. *Mand. add. L.* 28. *de nox. act.* Mercer. in *L.* 18. *de pign. n.* 14.

Rursus ex diverso.

§. V.

Restissoria actio hoc loco quae, & qua ex caussa. I. & II.
Usucapio rescinditur postulante eo, cuius res usucapta est, cum abesset necessaria aut probabili aliqua de caussa; & quae huius restitutionis aequitas. II.
Usucapio rescinditur postulante eo, cuius res in civitate manentis usucapta est ab eo, qui aberat, quacunque de caussa abfuerit, dum absens non defenderetur. III.
Usucapiaturne res absentis, an absens usucapiat, quid intersit ad restissionem usucapionis, & differentiae ratio. IV.
Restissoria actio non nisi rescissa a praetore usucapione per in integrum restitutionem. V.
Usucapionis restissio & restitutio ex supra scriptis caussis intra quod tempus. VI.
Utilis annus, utiles dies, qui. VII.
Rescissoria actio nata post rescissam usucapionem perpetua, non intra aliquod tempus. VIII.
Rescissoria actio in rem, & eius intentio. IX.
Rescissoria adversus quem. X.
Restissoriae actionis quis exitus, quae restitutio. XI.
Restissoria haec actio cur dicta. XII.
Rescissoria cur utilis. XIII.
Restissoriam actionem in rem Publicianam non esse, & cui bono id nosse. XIV.
Rescissoria omnis, quae alienatione priore quovis iure restissa competit. XV.

Rursus ex diverso, si quis cum reipublicae caussa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usuceperit: permittitur domino, si possessor reipublicae caussa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere: id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili aequitate motus praetor adcommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

I. HIC proponitur actio in rem superiori contraria: ut non immerito dicatur permitti ex diverso. Nam Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor usucaptam dicit. Hic actio est, qua agitur converso modo, id est, de re usucapta quam actor non usucaptam intendit. Est autem de re olim nostra, quae semel usucapta, nostra esse desiit iure civili; post beneficio & restitutione praetoris ad ius nostrum rediit, rescissa nimirum usucapione. Unde & actio eadem in rem, sed utilis. De qua cum ad rei, tum ad huius loci explicationem haec cognoscenda sunt: cui, quave ex caussa haec actio constituta sit; quae ratio & aequitas ex ea caussa huius actionis introducendae; intra quod tempus constituta; quam intentionem habeat: adversus quem detur: quis exitus huius actionis, & quodnam in ea officium iudicis; quorum singula hic ordine breviter magis significantur, quam attinguntur. Postremo quo nomine appelletur: de quo solet dubitari, neque hoc loco indicatur. Quod eo proderit, ut sicubi nomen occurret, liceat ex nomine actionem agnoscere. Habet haec actio hanc caussam, si quis rem olim suam vindicet, quae postea in alium translata sit; sed ea translatione, quam aequum sit rescindi, quae & ipsa rescissa sit. Quod ostenditur hoc loco exemplo rei nostrae ab alio usucaptae, quae usucapio postea iustis de caussis rescindatur: sed nihilominus ut intelligi debeat pertinere haec ad alias rei nostrae translationes complures, quae aliis de caussis itidem rescindantur, a praetore: de quo in extremo. Volumus rem olim fuisse actoris: quia si ante usucapionem eius non fuit, ne eius quidem erit, rescissa usucapione: ut proinde nec tunc tanquam suam possit vindicare. Hoc expres-

expressit Iustinianus hoc loco, cum ait permitti hanc actionem domino. Ubi aperte dominum vocat, qui olim fuit: cum huius rem, ante quam agat, dicat usucaptam fuisse. Sic ut dixi in §. *praced.* appellatur insula, quæ ante fuit insula, rei facilius explicandæ caussa in *L. insula*, in fin. *D. de acq. rer. do.* Volumus postea usucaptam esse, quod hic expressum est: quia si res nondum a possessore usucapta sit, veteris domini manet: ad quam vindicandam ideo ei competit directa in rem actio, ut vero domino: nec desiderat auxilium extraordinarium. *L. ab hostibus captis*, *C. de postl. rev.* Volumus eam usucapionem esse, quæ remoto etiam beneficio ætatis domino veteri nocere non debeat. Ac iure prætorio placet non nocere duabus de caussis: aut propter absentiam eius, cuius res usucapta est; aut propter absentiam eius, qui usucepit.

II. Propter absentiam eius, cuius res [1] usucapta est; si aut necessaria aliqua de caussa, aut iusta vel probabili abfuerit per id tempus, quo res usucapta est. Necessaria, veluti si legationis publicæ, si militiæ, in summa si Reip. caussa abfuerit; si fuerit in vinculis, in potestate hostium, in servitute. Iusta & probabili, veluti si abfuerit studiorum caussa. De hac parte cautum est edicto de maioribus prima clausula. *L.* 1. *D. ex quib. caus. mai.* sententia clausulæ expressa in *d. L. ab hostibus captis*, *C. de postl. rever.* Exempla iustæ & probabilis absentiæ tradita in *L. sed etsi*, §. *ult.* & seqq. duabus, *D. ex quib. cauf. mai.* De hac parte nihil hic aperte Iustinianus: sed significat illis verbis, cum ait prætorem simili æquitate motum hoc genus actionis & aliis quibusdam accommodare. Prius enim dixerat de iis, quorum in civitate manentium usucapta res est ab iis, qui ipsi aberant. Nunc ait & aliis personis eandem actionem accommodari, & simili æquitate, nempe ob eandem caussam, id est, propter usucapionem, cui similis absentia locum dederit. Id autem accidit in iis, qui cum suprascriptis de caussis abessent, eorum e converso res usucapta est ab iis, qui in civitate erant: de quibus, ut dixi, superioribus locis expressum est. Cum autem prætor hanc usucapionem rescindit, huius partis æquitas manifesta est. Aperte enim iniquum est necessariam aut iustam absentiam cuiquam nocere; per quam factum sit, quominus dominus qui aberat, possessorem qui in civitate erat, posset convenire de re sua, & ita usucapionem interpellare. Atque hæc huius partis æquitas est, qua motum prætorem Iustinianus scribit in hanc quoque speciem actionem eandem accommodasse.

III. Quod hic tribuitur absenti, cuius res per caussam superioris absentiæ ab eo qui in civitate erat, usucapta est: idem eodem edicto tributum est in civitate manenti, cuius rem usucepit is qui aberat, cuius conveniendi potestas non fuit: de qua specie hic comprehensum est in principio. Ita fit, quod Ulpianus de his partibus edicti scribit in *L. item ait*, in pr. *D. ex quib. cauf. mai.* ut priore succurrat suprascriptis personis, ne capiantur: posteriore adversus ipsas, ne capiant: denique quemadmodum ipsis absentia non nocet, sic etiam ne prosit. Sed ut proponitur hæc pars posterior hoc loco, indiget cautione. Nam de eo qui absens usucepit, ita loquitur Iustinianus, ut proponat eum, qui, ut in superiore parte, Reip. causa, aut alia necessaria abfuerit: quasi ad rescindendam usucapionem eius, qui per absentiam suam usucepit, oporteat eum necessaria aliqua, aut probabili de causa abesse; ac non eadem rescissio sit adversus eum, qui voluntate sua abfuit. Scribit præterea sic adversus eum qui absens usucepit, rescindi usucapionem, ut nihil amplius requirat, quam absentiam. Quorum utrumque discimus ex edicto seeus esse. Nam prima clausula, quæ est de iis personis absentium, quæ per eam absentiam aliquid amiserunt, & ut nunc quæritur, quarum res usucapta est, ita his personis succurritur, itaque his usucapio

[1]) Exemplum usucapionis, contra quam ex absentiæ caussa restitutio datur, frequentius occurrit. Nec tantum si interim completa usucapio, sed & si reverso eo intra modicum tempus *L.* 5. §. *ult. h. tit.* de quo Ant. Fab. *ibid.* Duar. ad *h. t. Cod. f.* 132. Mudæ. ad *L.* 3. *Cod. de restit. milit.* Azo in *Summa. C. de restit. milit. n.* 11. *& seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 33. Sed & ex aliis caussis restitutio facienda *L.* 30. *in fin. hoc tit.* ut adversus venditionem *L.* 6. *Cod. de restit. mil.* præscriptionem quavis temporalem *L.* 4. *L.* 5. *Codic. eod.* adversus sententiam *d. L.* 30. *in fin. D. L.* 2. *Cod. hoc tit.* Cuiac. 7. *ad Afr.* in *L.* 29. *hoc tit.* vid. item 22. *Obs.* 18. & Henr. a Suerin. *Repet. Lect. c.* 14. Ubi si abfuit cum caussa ageretur & indefensus condemnatus, instauratio iudicii fit *d. L.* 1. Si vero ipse litigavit usque ad conclusionem caussæ, & deinde eo absente lata sententia aliud statuit Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 8. *&* 9. tametsi restitui ad appellandum decennio lapso concedat. De restitutione in integrum maiorum, adversus sententiam, maxime ex caussa instrumentorum noviter repertorum fusissime Odd. *P.* 2. *Q.* 73. *& seqq.* Sic quoque etsi edicti partis 2. verba tantum de restituendis actionibus temporalibus quarum dies exiit, sententia tamen pertinet quoque ad eas quarum conditio defecit & quæ nondum natæ, ut *L.* 43. *hoc tit.* ubi Ant. Fab. & Cuiac. *ibid.* 7. *ad Afr.* scribens duplicem esse actionem restitutoriam (1) ex edicto, (2) ex decreto, seu officio Prætoris. Sed & alia impedimenta, præter absentiam ab adversario exorta huc spectant, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 12.

capio non nocet, si ut dixi, necessaria, aut probabili aliqua de caussa absuerunt, non si animi caussa, ant etiam utilitate tantum rei familiaris cogente. Secunda autem clausula, quæ est de iis absentibus, qni per eam absentiam quid consecuti sunt, & ut de usucapione nunc agitur, qui rem alienam usuceperunt, sic succurritur adversus eos, sic his usucapio non prodest, ut nihil intersit, qua de caussa absuerint, utrum necessaria aliqua vel probabili, an plane voluntaria: nihil enim distinguitur in edicto. Idque est, quod Ulpianus de hac secunda clausula loqnens in *L. item ait*, §. 1. *D. ex quib. caus. ma.* scribit his verbis: *& erit notandum, quod plus prætor expressit, eum adversus eos* (qui absunt) *restituit, quam eum ipsis subvenit* (ut in prima clausula præcedente) *nam hic* (id est in secunda clausula, de qua loqnebatur) *non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra: sed adiecit clausulam, qua omnes qui absentes non defenduntur, complexus est. Omnes absentes*, id est, omnes quacunque de caussa absint: cum supra caussæ absentiæ distinguantur. Et certe si iustissima etiam absentia, de qua hic comprehensum est, nihil prodest absenti ad usucapionem retinendam: absurdum sit ei prodesse absentiam voluntariam. Sed ut prioribus non nocet absentia, nisi iusta: ita dum hæc interveniat, sic his succurritur, ut ipsis non noceat habuisse domi procuratorem, per quem agere possent cum possessore, & interpellare usucapionem. Posterioribus autem quemadmodum nulla absentia prodest ad usucapionem retinendam: ita pro his hoc exigitur, ut non aliter rescindatur adversus eos usucapio, quam si usuceperint, cum absentes non defenderentur. *d. L. item ait*, in prin. & §. 1. Quod eo pertinet, ut si quem habuerunt domi non solum procuratorem, sed etiam amicum, qui interrogatus suscipere potuerit defensionem; si eos ultro non interpellavit actor, aut quæsiti & interpellati parati sunt defendere; non debeant absentes inquietari. *d. L. item ait*, §. *hæc autem L. ergo, seq. D. ex quib. caus. mai.* Dum intelligamus defensionem esse idoneam, quæ offerri debeat, si & iudicium non detrectetur, & iudicatum solvi satisdetur. *d. L. item*, §. *ult.* Quod si aut nemo sit, qui possit interrogari; ant procurator vel amici interrogati defensioni idoneæ se non offerant: tum vere dicetur absentes non defendi, & restitutioni ac rescissioni usucapionis locus est. *L. ergo, ex quib. caus. mai.* Atque hæc etiam ita gesta esse constare debet, quamobrem ea complecti testatione oportet, ut est in *d. L. ergo*, id est, dare operam, ut sit scriptura, in qua hæc ita gesta esse scriptum sit attestantibus & obsignantibus idoneis testibus ad eam rem adhibitis: de quo genere testationis & testium accipi debet *L. carent*, *D. de prob.*

IV. Quarum rerum æquitas hæc est, rationem in utramque partem atque hoc modo actionem introducendi continens; quod uti æquum est iustam absentiam absenti non nocere: ita æquum nec nocere alteri: & quod idem est, sicut damno absens propter absentiam affici non debet; sic nec lucrum facere. *d. L. ergo, ex quib. caus. mai.* Utrnmque tamen ita, si nihil sit, qnod domino cuius res usucapta est, imputetur, quod cum possessore actum non sit, & interpellata eius usucapio. At absenti, cuius res per iustam eius absentiam usucapta est, nihil est, quod imputari possit, si nec ipse, nec alius, quem domi idoneum actorem habuit, usucapionem interpellavit. Nam ipse non potuit agere cum possessore propter absentiam. Procurator eius potuit; sed si non fecit, nulla domini culpa est, qui non potuit absens eum cogere. *L. nullum*, *D. de reg. iur. L. cum quidam*, §. *si a pupillo*, *D. de usur.* Contra vero ei domino, cuius in civitate manentis rem usucepit absens, est qnod possit imputari, si non interpellavit usucapionem, aut non dedit operam, ut interpellaret, cum posset aut procuratorem absentis convenire, aut amicum, qui absentis defensionem susciperet. Illud animadvertendum in hac parte, quod significatur hoc loco, ut & in edicto, eos qui sunt in hostium potestate, posse rem usucapere: quod sic accipiendum est, ut possint per eos, qui in eorum potestate fuerunt, si qnid possederint ex re peculiari: per se autem non possint usucapere, qui nec possunt possidere ipsi ab aliis possessi. *L. ait*, §. 1. §. *si plane*, *D. ex quib. caus. mai. L. cum heredes*, §. 1. *D. de acq. pos.*

V. Non est satis ex his caussis usucapionem rescindi posse: volumus etiam rescissam esse, priusquam competat veteri domino actio, de qna agitur. *Permittitur*, inquit Iustinianus, *domino rescisa usucapione rem petere*. Rescinditur autem usucapio, impetrata adversus eam a magistratu in integrum restitutione, quam prætor ex supra scriptis caussis pollicetur edicto

edicto de maioribus: cum qua [2] eodem tempore usucapionem rescindit, & pristinam actionem restituit, quæ tempore amissa erat. Quinimo de rescissione usucapionis aperte nihil cavens, solum pollicetur se earum rerum de quibus prius comprehensum erat, actionem in integrum restituturum. Sed non est restitutio nisi redintegratio rei amissæ. *L. 2. C. in quib. caus. in inte. rest. nec. non est*. nec redintegratur amissa, nisi pro infectis habitis, id est, rescissis his, propter quæ amissa erat. Itaque his verbis pollicetur, ut dixi, eodem tempore & usucapionis rescissionem, & hac rescissa simul veterem actionem. Verumtamen actionem non prius, quam rescissa sit usucapio, ut hic expressum est.

VI. Quod quoniam ita est, ut ante hanc rescissionem actio de qua sermo est, non competat; pertinet ad caussam eius actionis nosse, quando seu intra quod tempus rescissio ista peti possit; ne si post tempus petatur, nulla sit rescissio, eoque nulla actio. Bene igitur hic additum est, rescissa intra annum usucapione: ut intelligamus intra istum annum rescissionem hanc peti posse, & exinde simul competere posse actionem: post annum autem ut rescindi amplius usucapio non potest, sic nullam hanc in posterum actionem futuram. *L. 3. C. de rest. mil. L. ult. C. quib. ex caus. mai.* Sumptum ex edicto, quo restitutionem hanc prætor intra annum pollicetur. *L. 1. D. ex quib. caus. mai.* Sed addidit prætor, quod huc transferendum est, *intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.* Quibus verbis & initium huius anni designavit, & quibus diebus eum annum constare vellet, ostendit. Initium unde hunc annum computari oporteat, hic expressum est, ut sit initium tunc, cum primum is qui aberat, abesse desierit: tunc enim particula hic addita, extremum tempus quo quis abesse desiit, significat. *L. 4. D. de cond. & demon.* At hoc tempus est, cum primum cum eo qui aberat, experiundi potestas est.

VII. De diebus autem, significarunt prætores superioribus verbis se intelligere eum annum, qui constaret quidem trecentis sexaginta quinque diebus, ut est anni circulus: *L. anniculus non statim, D. de ver. sig.* sed constaret his non continuis, quæ civilis & ordinaria anni computatio est, *d. L. anniculus*: verum iis, quibus agendi potestas esset: qui ideo a veteribus dicti sunt utiles, ut intelligerentur utiles ad eam rem de qua agebatur, id est, ad agendum. *L. 1. D. de diu. temp. præs.* unde annus, & omne tempus utile dictum, quod his diebus constaret. *L. 2. D. quis or. in bo. pos. ser.* Sed hoc olim tempus fuit restitutioni postulandæ ex edictis prætorum. Ius postea constitutione Iustiniani mutatum, & præfiniti omnibus in integrum restitutionibus anni quatuor continui, quorum initium sit ex eo die, ex quo annus utilis cedebat. *L. ult. C. de temp. in int. rest.* Illud meminerimus totum hoc tempus edicto præstitui restitutioni actionis, non actioni; pollicetur enim prætor non se veterem actionem intra id tempus daturum, sed intra id tempus restituturum. Inter quæ ad tempus huius actionis multum interest; de quo quia ex superioribus quæstio incidit, hic opportunus locus videtur monendi.

VIII. Nempe eo pertinet, ut intelligamus actionem quæ hic datur, non posse dici competere intra tempus suprascriptum, sed esse perpetuam. Nam ante quam rescissa sit usucapio; hic traditur rem peti non posse, id est, actionem de

ea

2) Duplex enim in restitutione, ex recepta nostrorum sententia remedium vel iudicium: Rescindens quo restitutio conceditur per quod submovetur obstaculum & impedimentum ob quod agi non poterat. Et rescissorium, quod rescisso obstaculo competere incipit, nec nisi prævia rescissione effectum producere potest *L. 13. §. 1.* verbis: *rescissa alienatione, dato in rem iudicio de minor.* vid. Zas. ad *§. rursus 5. I. de act. n. 4. & seqq.* Sich. *ad Rub. Cod. de in int. rest. n. 4.* Ant. Fab. 7. *Err. Prag.* 1. Mauric. *Cap. 1. n. 6. & 7. & 4. & seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 33. Et ex ritu veteri rescissio tota peragebatur apud Prætorem, actio vero rescissoria apud iudicem datum: separatumque erat officium prætoris, qui rescindebat alienationem vel usucapionem & dabat actionem rescissoriam ab officio iudicis, qui de eo cognoscebat. Sed postquam ille iudiciorum dandorum mos exolevit ac magistratus ipse partibus iudicia fungitur, eadem opera utrumque peti & obtineri posse, statuit Duar. *ad Titul. D. de minor.* ad verba: *ut putarem f.* 85. & *ad h. tit. f.* 231. Et hoc est quod DD. volunt Rescindentis & Rescissorii iudicii cumulationem admitti, quod & usus servat, Reboff. *h. tit. in præfat in fin. & artic. Gallico gl. 5. n.* 11. Myns. 2. *Obs.* 25. Guid. Papæ *Q.* 143. *ibique in annot.* Ant. Rambaud. Oldend. *Prozym. act. Cl. 6. Act.* 8. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 10. *n.* 27. Sneidvin. *in §. rursus 5 I. de act. n.* 84. Mauric. *C.* 9. Odd. *P.* 1. *Q* 33. *Artic.* 5. Diss. Ant. Fab. 7. *Error. Prag.* 1. Quia ea demum, ait, una petitione coniungi possint, quæ simul & semel tractantur & inter quæ nullus ordo. Atqui rescindens præparatorium est rescissorii, & necessario præcedere debet. Quomodo enim actionem in rem ex. gr. potest dare prætor, nisi sub formula, Si apparebit rem esse petitoris. Iam vero non constat esse eius, nisi rescissa alienatione. Sed his occurri potest ex Mauric. *d. C.* 9. Possunt enim hæc ita successive coniungi: ex. gr. Peto me restitui contra sententiam & restitutione concessa fundum ablatum reddi: Sed etsi cumulatio simplex sit: æquius tamen est conditionaliter eam intelligi, ut Odd. *d. Art.* 5. Quid quod exosa legislatoribus iudiciorum multiplicatio & circuitus, ubicunque uno iudicio plura peragi possunt, Mudæ. ad *L. 3. C. de restit. mi.*. Frustra enim fit per plura quod potest per pauciora, de quo belle Dantes Aligher. *Lib. 1. de Monarchia in Syntag. Tract. de iurisd.* edito a Simone Schardio *f.* 85.

ea re non competere. Proinde ante eam rescissionem non potest dici actio competere intra id tempus, quæ actio ante nulla est. Sane intra id tempus rescissa usucapione, recte dicitur etiam intra id tempus agi hac actione, quia post restitutionem agitur. *d. L. ab hostibus captis, C. de postl. rev.* Sed non ideo ante restitutionem ea actio competit quamvis intra statutum tempus, quia, ut dixi, ante restitutionem nulla est. Postquam autem impetrata rescissio est, & restituta actio, exinde incipit actio esse perpetua ei cui restituta est. Datur enim domino veteri, remota usucapionis caussa, quæ illi quominus ut ante dominus esset, obstabat. Hac remota, necesse est ei 3 perpetuo competere actionem ut prius, quamdiu erit dominus, eandemque etiam in eum ad quem res transierit, transferri. Neque hic locus aut edictum refragatur. Nam hic statuitur tempus, intra quod rescindatur usucapio, non intra quod detur actio usucapione rescissa: & edictum restitutioni petendæ præstituit tempus, non actioni restitutæ. Quinimo restitutionis verbum declarat, integram restitui veterem actionem: ut si nondum amissa perpetua fuit, sit & perpetua, quæ est restituta. Ergo hac impetrata restitutione a vetere domino, atque ita rescissa priore usucapione adversarii, habemus caussam, ex qua hæc actio domino nascitur: tunc enim primum ei competit restituta: & ut hic scriptum est, tunc permittitur domino rem ut suam petere.

IX. In rem hæc actio est, ut ante proposuit in §. *sed istæ*, vers. *ut ecce*. Unde & petendi verbum, quo hic utitur: quo proprie significatur actio in rem. *L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de ver. sig.* Inde & mentio huius actionis quæ hoc loco adiicitur: *permittitur*, inquit, *domino rem usucaptam petere*, id est, ita petere, ut dicat possessorem non usucepisse, & ob id suam rem esse, & tamen res vere usucapta erat, ut hic proponitur initio. Unde & restitutio necessaria ad rescindendam usucapionem. An non igitur mentitur actor, aut potius an non secum contraria loquitur, qui dicat adversarium non usucepisse, quod prius in restitutione petenda fassus est eum usucepisse? Immo recte utrumque & vere pro diverso iure, quo hæc causa defenditur. Adversarius vere rem usucepit; sed iure civili. At hæc usucapio per restitutionem in integrum rescinditur iure prætorio. Qua rescissione secuta, iam consequitur actor hoc iure, ut vere dicat adversarium non usucepisse, quia effecto res eo rediit, ut nulla sit usucapio, quæ rescissa est. Ita illud ad summum ius & id quod initio fuit: hoc ad rescissionem secutam & effectum iuris relatum verissime utrumque dicitur.

X. Hæc actio cum in rem sit, genus ipsum actionis nos admonet adversus eum dari, qui possidet, aut dolo malo desiit possidere, ut dantur cæteræ in rem actiones, etiam prætoriæ. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig.*

XI. Cum autem domino veteri detur ita rem suam vindicanti, ut si nunquam dominus esse desiisset: plane idem exitus huius actionis intelligi debet, idemque in ea officium iudicis ad rei restitutionem & fructuum, qualia hæc in directa actione & civili esse diximus, per quam quis rem iure civili suam vindicet. De quo scripsi ad §. 1. *supra*.

XII. Quod superest dicitur hæc actio in rem rescissoria *L. ab hostibus captis, C. de postl. rev. L. nec non, §. ult. D. ex quib. causs. mai.* Rescissoria, non quod rescindat usucapionem, aut ad hanc rescindendam detur: sed contra quod sit ex restitutione istius usucapionis: de quo iam inter omnes non doctos modo, sed in iure etiam mediocriter versatos constare

3) Sed hæc plane contraria sunt *L. 35. in fin. pr. de D. & A.* & ab omnium sententia aliena. Et refellitur noster ex *L. 31. hoc tit.* ubi ita demum perpetua actio, si possessionem nactus eam postea amisit, exinde quia nulla amplius restitutione eget, qui rem suam recepit sine vitio, ita ut & postea evinci nunquam possit. Et fit actio perpetua *d. L. 31.* non beneficio restitutionis, sed possessionis recuperatæ, quæ non solum exceptionis perpetuæ ius peperit, sed & vicem supplet, non litis contestationis solum ut Odd. *P. 1. Q. 21. Art. 4. n. 20.* verum restitutionis non modo petitæ, sed & impetratæ & exsecutioni mandatæ. Cum ita definat necessaria esse restitutio, nec quidquam verendum possidenti, ne res sua ipsi auferatur, vid. Anton. Fab. ad *d. L. 31.* Quod si actio sic restituta semper perpetua, non video quæ *d. L. 31.* vel sit vel fingi possit, dubitandi ratio. Hoc inter nostros non convenit an idem quadriennium quod restitutioni integrum hodie, aut annus utilis olim, sit huic actioni rescissoriæ. Quod vult Doar. ad *T. Cod. de temp. in int. rest. fol.* 134. (1) Quia hæc remedia novo iure non separata, sed eadem opera Prætor rescindit & de actione cognoscit. (2) Quia edicto prætoris unius tantum anni mentio. Nec dicit Prætor dabo actionem restitutoriam intra alium annum. (3) Quia quadriennium datur ad finiendam litem *L. ult. C. de temp. in int.* Et Mudæ. ad *d. L. ult.* etsi largiatur olim alium annum utilem fuisse actioni restitutoriæ, tamen hodie aliud. Quid enim promovisset Iustinianus *d. L. ult.* si iudicio tantum rescindenti quadriennium præfixisset, si restitutæ actioni adhuc suum annum utilem, inutili actionum multiplicatione conservasset. Sed alii communius obtenta iam restitutione, ubi primum competere cœpit rescissoria, eam anno durare *d. L. 35. in fin. pr. L. 3. Cod. de restit. milit.* Wurmser. *Lib. 1. Tit. 25. Obs. 4. n. 12.* Sneidvin. *in §. rursus 5. I. de act. n. 76.* Mauric. *Cap. 6. n. 7.* Ant. Fab. ad *L. 15. §. ult. & ad L. 31. h. tit.* vid. Odd. *P. 1. Q. 21. Art. 3. & 4.* Nam in *d. L. ult.* verba: *ad finiendam litem* intelliguntur quoad restitutionis iudicium, non actionis restitutæ.

stare video: adeo id & hoc loco, & aliis quibusdam aperte declaratur. Hoc quidem loco scriptum est hanc permitti rescissa prius usucapione. In *L. in honorariis*, *D. de ob. & act.* dicitur etiam expressius rescissa usucapione reddi. Et quod idem valet, dicitur in integrum restitutis dari in *L. ult. C. quib. ex causs. mai.* Prius ergo non erat, sed ex hac rescissione & restitutione nata est; ut sane non possit competere ad rescindendam usucapionem, quæ prius quam hac actione experiri liceat, iam rescissa est. Diciturque hoc modo [4] rescissoria consimiliter ut restitutoria, quæ muliere ab intercessione liberata redditur creditori adversus veterem debitorem, qui per intercessionem mulieris novatione aut acceptilatione liberatus erat. *L. quamvis*, *§. si convenerit*, vers. *Marcellus*, *§. si mulieri*. *L. aliquando*, *§. ult. D. ad Velt.* Quo verbo non significatur ea, quæ creditori competat, ut aliquid restituatur; sed quæ rescissa prius intercessione restituta est a prætore, cum prius esset amissa. *L. si mulier*, 16. in fin. *L. ult.* in fin. *D. ad Vell.*

XIII. Dicitur hæc eadem actio, de qua agimus, actio rescissoria [5] in rem utilis in *L. ult. C. quib. ex causs. mai.* utilis eo sensu, quo opponitur utilis directæ: hæc enim opponitur directæ vindicationi in *d. L. ab hostibus captis*, *C. de postl. rev.* Eodem plane exemplo, & ratione, qua Publicianam utilem dici, & a directa separari supra ostendimus. *§. namque*. Nam & hæc ad ius civile relata ex verbis eius iuris non competit: cum iure civili non sint proditæ in rem actiones nisi ei, qui dominium suum vindicet, *d. §. namque:* in proposito autem actor re sua usucapta dominus esse desiit. Sed restitutus a prætore, sequitur ut pro domino, qui ante fuit, habeatur. Quo posito, iam eadem caussa, eoque ratio & sententia iuris civilis eandem actionem admittit: quæ tamen cum verba iuris cessent, non potest esse directa: sed erit utilis ex sententia.

XIV. Sunt, qui putent hanc quoque Publicianam appellari a Paulo in *L. in honorariis*, *D. de ob. & act.* his verbis: *Illæ autem* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest. Ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri: item Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur, sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur: quia contra ius civile datur.* Hoc posterius ad actionem Publicianam referunt, cuius proxime mentio facta erat: & sic accipiunt: sed cum Publiciana non ad exemplum vindicationis datur, sed rescissa usucapione redditur, anno finitur. Et sane verba hæc, *sed cum redditur*, ambigua sunt: in quibus salva ratione recti sermonis potest subintelligi Publiciana actio, quæ modo appellata erat; potest & generaliter actio, ut sit sensus, sed cum actio redditur rescissa usucapione. Quod si omissa quæstione de re, in verbis tantum consistimus, malim & ipse prius accipi, quam posterius: dilucidius est enim & rectius, verbum referri ad id subiectum, quod proxime præcessit, quam generaliter ad actionis verbum, quod erat remotius. Sed si hæc rescissoria de qua agimus, non est Publiciana; res apud nos potior, quam verba, esse debet; & in ambigua oratione id accipiendum est, quod vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Et tamen ne sic quidem de hoc verbo aut de auctore litem cuiquam moveam, aut movendam putem, si hoc tantum quæratur, quis sit auctor. Utrum enim sit inducta a prætore Publicio, an ab alio, dum semper eodem modo, eodemque iure competat, ad rem nihil interest. Sed si in auctore id agitur, ut Publicio constituto vocetur Publiciana, verbum autem deinde ad rem confertur, ut scilicet eum alicubi in iure nominatur absolute Publiciana, ibi hæc quoque rescissoria intelligatur: hoc est, cur interesse putem quæri, utrum sit hæc etiam actio Publiciana, aut usquam ita vocetur, an non: ut ex nomine de re quoque æstimetur. Atque hac ipsa de caussa puto monendum esse hanc actionem non esse a Publicio prætore, aut dici Publicianam. Moveor his rebus. Nam

4) Duar. *ad t. D. de minorib. f.* 85. *&* *ad t. D. Quibus ex caus. mai. f.* 130. Rescissoria quia datur rescisso eo, quod gestum est. Restitutoria, quia restituitur actio amissa. Aliquando tamen nova actio datur quæ nunquam ante competit ut *L.* 43. *h. tit.* Unde quidam rescissoriam duplicem faciunt institutoriam *d. L.* 43. & restitutoriam, vid. Mauric. *Cap.* 5.

5) Si scilicet contra usucapionem. Nam & actio temporalis, cuius dies exiit, ipsa restituitur, per *L.* 1. *hoc t.* Et hoc quidem casu manere directam actionem, quæ prius competiit, vult Accurs. quasi quæ tempore sublata non sit, sed adversus præscriptionem temporis replicari per in integrum restitutionem, & Mauric. *Cap.* 8 *n.* 3. Parl. *d.* 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 4 *n.* 6. Sed Anton. Fab. ad *L.* 15. §. *ult. hoc tit.* Si actio vere temporalis, prætoria vel ædilitia, tempore eam finiri; Non quia tempus modus tollendæ obligationis, sed quia actiones eæ hanc naturam habent a voluntate prætoris qui introduxit. In actionibus vero perpetuis, quæ tempore perimuntur per præscriptionem admittit opin. Accursii. Quanquam & recta ac principaliter actio peti possit per in integrum restitutionem.

supra ubi Publicianam nominari oportebat, ibi nominata est, & indicatum, unde nomen, nempe in *§. namque, praecedenti*. Si & haec erat Publiciana, idem & de nomine moneri conveniebat. Quod cum factum non sit, magnum argumentum est idem huic actioni nomen, eundem auctorem non fuisse. Aut quaero, cur eum in utroque genere pariter interesset id indicari, in uno tantum id factum sit, in altero omissum? Ac ne putemus nominatim hic tantum Publicianam actionem: etiam postea, quae actiones certum nomen habuerunt inter actiones in rem praetorias, eas suis nominibus etiam ab auctore natis appellavit, ut Servianam, & quasi Servianam in *§. item Serviana supra*. Cur hic potius, ubi aeque utile erat, omisit? Sed & in his locis, in quibus haec actio certo nomine designatur, ubique vocatur tantum rescissoria; nusquam Publiciana, ut *L. nec non, §. ult. D. ex quib. cau. mai. L. ab hostibus captis, C. de post. re.* Stultum esset admodum, si haec actio Publiciana nominaretur, omisso recto nomine aliud longius petitum ingerere. Quid, titulus de Publiciana in Digestis nonne generaliter ita conceptus est, de Publiciana in rem actione? De una tamen specie toto eo titulo agitur; nempe ea actione, quae & edicto eius tituli comprehensa est, quae datur ei, qui quid ex iusta causa & bona fide a non domino accepit, & nondum usucaptum petit. Nusquam mentio etiam tenuissima rescissoriae illius, de qua agimus, quasi esset species Publicianae. Non fuit igitur haec rescissoria istius generis species. Aut si fuit, magna duo peccata non tantum in eo titulo, sed in tota tractatione veterum de Publiciana admissa sunt. Primum quod proposito genere ad dicendum, una species eius generis aeque necessaria atque altera omissa est; & quidem ita, ut ne appellaretur quidem. Deinde quod ea species quae illic traditur, sic traditur, ut nulla adiiciatur circumscriptio, qua declaretur speciem tantum Publicianae ab auctoribus intelligi; qua non adiecta futurum erat, ut ab omnibus intelligeretur de toto genere, id est, de omni specie eius generis dictum esse, quod ad unam tantum speciem pertineret. Sciamus igitur si quid in veterum scriptis certi aut recti est, rescissoriam quae rescissa usucapione datur, Publicianae verbo non contineri, eoque Publicianam non esse. Quod cum ita sit; cum Paulus ita scribit in *d. L.* in honorariis: *sed cum rescissa usucapione redditur*; meminerimus subaudiendum esse, actio, de quo genere toto eo capite agebatur; non autem, Publiciana, quae proxime nominatur. Quod si ad contextum respiciendum est; reperiemus etiam contextum hoc exigere, atque adeo probare rescissoriam actionem Publicianam non esse. Nam adversativa particula, *sed*, declarat actionem diversam a priore subiici. At si rescissoria ista & ipsa Publiciana est, non recte distinguitur a priore Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Nam & rescissoria haec datur eodem modo ad exemplum vindicationis, id est, actionis in rem civilis & directae. Unde dicitur utilis, & hac ratione directae opponitur, ut dixi, *d. L. ult. C. quib. ex caus. mai. d. L. ab hostibus captis. C. de post. re.* Restat igitur, ut si qua in re recte distinguitur haec rescissoria a Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur, distinctio in eo sit, non quod rescissoria non detur eodem exemplo, sed quod non sit Publiciana.

XV. His expositis, diligentius monendi sumus eius, quod supra initio attigi, sic rescissoriam actionem de qua diximus, competere de re nostra usucapta, quam solam caussam hoc loco Iustinianus posuit, ut non competat ex hac solum caussa; sed generaliter de omni re nostra aliis modis in alium translata, quae translatio similiter iustis de caussis rescindatur per in integrum restitutionem. Ideo erit haec eadem in rem actio rescissoria de rebus nostris, quas metu coacti in alium transtulimus, tunc cum rescissa traditione ex edicto Quod metus caussa restituta erit actio, ut significatur in *L. metum, 9. §. volenti, D. quod met. cau.* Quod si recipimus in metu, etiam in iis recipiendum erit, quarum alienatio dolo malo expressa est. Idem probandum in actione in rem minori restituta. *L. in caussae, 1. §. interdum, D. de min.*

Item

Item si quis in fraudem.

§. VI.

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit; bonis eius a creditoribus possessis ex sententia praesidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

I. QUam hic actionem proponat Iustinianus, paulo attentius, quam hactenus ab interpretibus factum est, inquirendum puto. Non enim profecto potest defendi, quod ab illis uno ore receptum est, hic statui Paulianam. Habet quidem ea actio nonnihil commune cum caussa actionis eius, quae hic describitur. Sed plura obstant & certiora, quam ut huic loco possit convenire. Atque hinc vulgaris sententia nata est, neque omnino temere. Nam de iis quae in fraudem aliorum alienata sunt, duo sunt genera nota actionum prodita iure praetorio: unum de iis, quae alienata sunt in fraudem creditorum, daturque creditoribus ad ea revocanda: quae actio vocatur Pauliana. *L. videamus*, §. *in Faviana*, *D. de usur.* Alterum est de iis, quae alienata sunt a liberto in fraudem patroni: haec Faviana & Calvisiana appellatur. *L.* 1. §. *utrum*, §. *si pluribus*. *L.* 2. *D. si quid in fraud. patr.* Sic ergo nostri illi ratiocinati sunt. Loquitur Iustinianus hoc loco de eo, qui in fraudem creditorum rem suam alicui tradidit, ad quam revocandam etiam dat actionem creditoribus, quorum in fraudem tradita est. Necesse est igitur alterutrum genus actionis intelligi, aut Paulianam, aut Favianam seu Calvisianam. Constat Favianam non proponi: quando haec competit de rebus alienatis in fraudem patroni. Ita restat Pauliana, quam designet, quam & ipsam de rebus in fraudem creditorum alienatis propositam edicto certum est. Exstat edictum de hoc genere in *L.* 1. *D. quae in frau. cred.* Actionis vis & potestas magis intelligitur ex interdicto, quod ex ea caussa redditur, exstatque in *L. ait*, *D. eod.* Et omnino ita dicendum fuit, si de his quae in fraudem creditorum alienata sunt, non alia fuit actio creditoribus, quam Pauliana. Sed si est alia, quam constet esse in rem, cui eidem conveniat descriptio huius loci: spero apud omnes facile obtinebimus, committendum non esse, ut hac omissa accipiatur hic Pauliana, cui neutrum illud superius vel ipsis assentientibus satis convenit. Vident enim omnes, quid hic obstet Paulianae, in quo etiam diluendo laborant, nec ullo modo inter se consentiunt. Sed alia non occurrebat; neque vero alia fuit usitata in hoc genere, quae proprio aliquo titulo, aut certo loco ex professo traderetur, quam superior. Ideo omisso omni labo-

labore alterius quærendæ in Pauliana constiterunt, & huc solum converterunt orationem, ut quæ huic videbantur obstare, removerent. Detur alia non incommoda; non dubium, quin hanc fuerint omissuri. Quænam ergo est ista alia?

II. Dicam postea, si quod in præiudicata ista aliorum sententia nobis obstat, prius removero, & ostendero, quod initio proposui, non posse Paulianam hoc loco defendi. Non litigo de verbo Paulianæ. Eam dico, quæ a nostris dicitur Pauliana, & de qua agitur sub titulo *quæ in frau. cre.* *D.* sive quis hanc Paulianam dici velit, sive malit in factum, ut est in *L. hac in factum*, *D. eod. tit.* Aio hanc huic loco convenire non posse, etiam si maxime de rebus in fraudem creditorum alienatis non esset alia actio. Tria sunt, quæ Iustinianus de actione hic proposita statuit huc pertinentia, quibus detur hæc actio, adversus quos, & qua ex caussa. Primum vult actionem esse in rem. Deinde sic dari, si res in fraudem creditorum alienata sit, nec fraudis participationem in accipiente exigit. Postremo dari solum bonis a creditoribus possessis ex sententia præsidis. Omnia hæc contra in actione Pauliana, seu ea quæ in factum est ex eadem caussa. Non ergo Paulianam aut actionem istam in factum Iustinianus statuit.

III. Primum illud constare debet Iustinianum hic proponere actionem prætoriam, quæ sit in rem, non in personam. Non exprimit id quidem hoc loco, non magis quam in hypothecaria actione, de qua *§. sequenti* subiicit. Sed ideo, quia in neutra fuit necesse: satis enim ex præcedentibus & sequentibus intelligebatur. Proposuerat enim supra in *§. sed istæ*, quasdam esse actiones item prætorias, quæ non minus quam civiles essent tam in rem, quam in personam, quas & ipsas constituisset exemplis ostendere. Ac primum quæ in rem erant proposuit, ut exempla continenter subiecta probant: deinde quæ erant in personam, ut declarat in *§. in personam*. Atque in his quæ sunt in rem, numerat hanc de qua agitur, & hypothecariam quæ sequitur. Et quidem ita numerat, ut neget esse in personam, ut apparet ex *d. §. in personam*. Illic enim ita scribit: *in personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet prætor*. Vis hæc est coniunctionis, ut res diversas copulet. Itaque hoc significat non tantum in rem actiones esse ex iurisdictione prætoris de quibus eo usque dixerit, sed etiam actiones in personam: cuius generis sunt, quæ sequuntur. Quod cum non difficile esset videre, etiam Theophilus hic posuit, & diserte scripsit actionem, quæ hic proponitur, & ipsam a prætore inventam, & in rem esse, ut superiores.

IV. At certe Pauliana non est in rem actio, sed in personam. In rem quidem non esse, non aliunde melius intelligetur, quam ex iis, quæ sunt propria utriusque generis. Actionis in rem proprium hoc est, ut sequatur eius rei possessorem: ut si quis rem possidet, is teneatur actione, quanvis cum actore nihil contraxerit, aut deliquerit: si quis autem non possidet, non teneatur. *L. actionum*, *D. de obl. & act. L. qui petitorio*, *D. de rei vind. L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig. L. 2. C. si un. ex plur. her. deb.* Utrumque contra in Pauliana illa & in factum actione. Possidet quis quod in fraudem creditorum alienatum est ex caussa onerosa? non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit. *L. 1. L. ait. D. quæ in frau. cre. L. pen. C. de revoc. iis quæ in fraud. cred.* Usqueadeo, ut quanvis is qui a debitore in fraudem creditorum sciens rem emit, eam rem iterum alii bona fide ementi vendiderit, placeat secundum emptorem non teneri: nec in ea re spectari possessionem, sed dolum eius qui admisit. *L. is qui a debitore*, *D. quæ in fraud. cred.* E converso sunt, qui non possideant, nec dolo malo desierint possidere; tamen teneantur Pauliana actione. Datur enim hæc actio non solum heredi cæterisque successoribus; sed etiam in heredes, similesque personas. *L. ait, in fin. D. quæ in fraud. cred.* Non minus hoc, quam prius illud, ab actionis in rem natura abhorrens. Adeo enim hæc adversus eum non datur, qui non possidet, ut nec detur in heredes eius, qui possedit, si ipsi non possideant. *L. si in rem, 2. D. de rei vind.* Hæc iam certissimo argumento sunt Paulianam & istam in factum actionem, de qua loquimur, in rem non esse. Non minus & hoc certum, si probetur esse in personam: quando actiones in rem, & in personam toto genere inter se distant, & non tantum diversis, sed & contrariis ex caussis nascuntur. *§. 1. supra. L. actionum, D. de obl. & act.* Paulus inter actiones in personam hanc actionem non obscure numerat in *L. videamus. 2. §. in Faviana. D. de usur.* qui cum initio proposuisset videndum, quando in actione quæ est in personam, etiam fructus veniant, exemplis deinde variis eius generis utens,

inter

inter cæteras actiones Favianam quoque & Paulianam, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, recensuit in *d.* §. *in Faviana*, his verbis bis Paulianam actionem in personam esse indicans: & quod de actionibus in personam quæstione posita, exempli loco hanc attulit: & quod eodem loco has actiones tanquam unius generis inter se coniunxit, Favianam & Paulianam: de quarum altera, quin sit in personam, nemo ambigit: ita diserte id scriptum est in *L.* 1. §. *hæc actio*, *D. si quid in fraud. patr.* *Hæc actio*, inquit Ulpianus de Faviana loquens, *in personam est, non in rem: & in heredem competit, & in cæteros successores, & heredi, & cæteris successoribus patroni.*

V. Ut de Pauliana nusquam idem aut scriptum aut significatum esset: tamen vel huius exemplo posset idem de Pauliana constare. Ambæ enim ex eadem caussa: de iis nimirum quæ in fraudem alienata sunt revocandis: Faviana si quid in fraudem patroni: *L.* 1. in princ. *D. si quid in frau. pat.* Pauliana, si quid in fraudem creditorum, *d. L. videamus*, §. *in Faviana*, *de usur.* *L.* 1 *L. ait*, *quæ in frau. cred.* Nec dissimiliter Pauliana ut heredi, sic & in heredem, similesque successores datur, ut ante dixi. *L. ait*, in fin. *quæ in frau. cred.* Quæ cum omnia sint in utraque similia, eaque actionis genus non distinguant: non potest, si Faviana in personam est, ut est, quin sit & Pauliana. Nisi forte quis dicat inter has actiones hoc interesse, quod actio Faviana de iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, datur etiam in eum qui fraudis conscius non fuit: *L.* 1. §. *dolum*, *D. si quid in frau. pat.* Pauliana autem in eum solum, qui scivit & fraudem participavit. *L. ait*, in princ. & §. 1. *quæ in frau. cred.* At hoc tanto magis arguit Paulianam esse in personam. Hoc enim significat hanc actionem non propter rei possessionem dari, ut illa, quod propius ad actiones in rem accedit: sed dari propter delictum personæ: ex quo genere actiones in personam. §. 1. *supra eod.*

VI. At Theophilus & Paulianam hic esse dicit, & eandem in rem esse. Scio; neque id Theophilus tantum facit; sed & plerique alii docti viri, quibus non minus tribuo. Sed non quid illi, sed quam vere, quæritur: certe & naturam actionis in rem, & iuris auctoritatem refragari constat. Hæc vero est, quæ in iuris quæstione apud nos valere debet, non cuiusquam alterius, qui ab his dissentiat.

VII. At si Pauliana est in personam, erit etiam ex obligatione, seu adversus eum, qui nobis obligatus est, ut est natura huius generis actionum. §. 1. *supra eod.* *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Unde ergo obligatio eius, qui in fraudem alienatum possidet, ut dici possit creditoribus esse obligatus, cum quibus nullum negotium gessit? Ex delicto, si quidem fraudis particeps fuit, ut iam dixi: si non est particeps; tamen & hic quoque ex delicto. Est enim genus delicti, si admonitus rem in fraudem creditorum alienatam esse a debitore, tentat id retinere adversus creditores fraudatos. Quod factum similiter improbat prætor, ut eius qui rem ab alio vi extortam bona fide accepit, & possidet, ac conventus eo nomine, non reddit: adversus quem ob id factum datur actio, Quod metus caussa, *L. metum*, §. *ult.* *L. item*, §. *in hac actione*, *D. quod met. causs.* Quamobrem & hæc ipsa in personam esse dicitur. §. *præterea*, *infra eod.* de quo dixi ad §. 1. ad illa verba; *in duo genera diducitur*, *supra*. Non est igitur Pauliana actio in rem, sed in personam. Quo posito, non debuit ab Accursio admitti nihilominus de ea agi hoc loco, quasi contempto ordine actionum utriusque generis recensendarum. Prohibet enim, ut dixi, Iustinianus, qui in §. *in personam*. testatur se ad actiones prætorias, quæ in personam sunt, transire: satis aperte significans priores de quibus egit, in rem esse, non in personam. Nihil ad defendendam hic Paulianam actionem facit, quod quidam fatentur quidem eam in personam esse; sed hoc habere dicunt ex actione in rem, quod sit in rem scripta, quia sequatur possessorem, ut actio quod metus caussa, *d. L.* 9. §. *ult.* *D. quod met. causs.*

VIII. Neque enim verum est eam sequi possessorem: non enim sequitur nisi his conditionibus, si aut fraudis sit conscius, aut rem ex lucrativa caussa acceperit. *L. si is qui a debitore*, *D. quæ in fraud. cred.* *L. pen.* *C. de revoc. his quæ in fraud. cred.* In quo iam non possessionis solius, sed alius facti possessoris ratio habetur. Et ut sequeretur hæc actio possessorem, atque hoc modo in rem scripta dici posset: confirmaret hæc defensio reprehensionem, non vitaret. Actio enim Quod metus caussa, etsi in rem scripta alicubi dicitur, *d. L.* 9. §. *ult.* *quod met. causs.* nihil tamen nisi in personam est. §. *præterea*, *infra eod.* Sed ut dederimus admitti posse hoc loco actionem in personam, neque ordinem a Iustiniano

no institutum repugnare: tamen, ut propesul, ne sic quidem Pauliana actio convenire potest huius loci descriptioni. Pauliana actio non proponitur, si quid tantum alienatum sit in fraudem creditorum: sed ita ut dixi, si is etiam, qui accepit, sciverit, & fraudem participaverit. *L. 1. L. ait prætor*, in prin. & §. 1. *D. quæ in frau. cred.* aut si quid in fraudem creditorum alienatum sit ex caussa lucrativa: quo casu etiam adversus ignorantem creditoribus consulitur. *d. L. ait*, in princ. *D. quæ in frau. cred. L. pen. C. de rev. iis quæ in frau. cred.* At actio hoc loco proposita simpliciter proponitur ex hac caussa, si quid debitor in fraudem creditorum tradiderit, neque fraudis conscientia in accipiente exigitur.

IX. Ad extremum quod præcipue notandum est, Pauliana actio competit rebus in fraudem creditorum alienatis, sive bona a creditoribus possessa sint, sive non sint, ut intelligere est ex *L. si quis cum*, & *L. omnes*. §. 1. *D. quæ in frau. cred.* Hic autem proponitur actio, quæ rebus quidem in fraudem creditorum alienatis competat; sed alienatis tunc, cum iam bona debitoris a creditoribus possessa essent ex sententia præsidis. Ita sit plane, quod initio dixi, ut non proponatur Pauliana hoc loco, & alia si qua est, hic omnino quærenda sit.

X. Res autem iudicio meo sic habet. Bonis debitoris a creditoribus possessis; si res aliqua ex his a debitore in fraudem creditorum alienata sit, est quidem ea de re prodita creditoribus Pauliana actio ad revocandum, quod alienatum est: est & in factum, si tamen & hæc Pauliana non est: ambæ in personam, ut ostendi. Sed est & ex eadem caussa actio in rem creditoribus pignoris prætorii persequendi caussa, quod ex ista possessione bonorum natum est. Ac de ea actione in rem hic agitur. Sic autem ista possessio, & ex ea possessione pignus contingit, quod dicimus. Ex tribus caussis, ex quibus in possessionem bonorum alicuius mitti solet, una est rei servandæ caussa; cum creditores servandi debiti caussa mittuntur in possessionem bonorum debitoris. *L. 1. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Id ita fit, nam si debitor latitet, neque defendatur, mittit prætor postulantes creditores in bona, seu in possessionem bonorum eius: ut si debitor intra tempus a prætore præstitutum venire iussus non adsit, etiam permissu prætoris bona distrahantur. *L. Fulcinius*. §. 1. *D. quib. ex caus. in poss. ea. L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poss. L. item ait*, §. *hæc autem*, *D. ex quib. causs. mai. L. satisque*, *D. de in ius voc.* Sed etsi debitor non latitet, si potestatem sui non faciat, neque defendatur, non iubentur quidem ex hac caussa bona distrahi: sed tamen etiam ex hac caussa mittuntur creditores in possessionem bonorum debitoris. *d. L. item ait*, §. *hæc autem*, *ex quib. caus. mai. d. L. satisque*. Tribuit hæc missio, ut & ex cæteris similibus caussis, non possessionem veram, & quæ proprie ita dicitur, cum quis aut iure domini, aut domini opinione & affectu possidet; sed nudam detentionem rerum: denique custodiam rerum & observationem. *L. cum legatorum*, *D. quib. ex caus. in pos. ea. L. 3. §. ult. D. de acq. pos.* Quod si missi creditores in possessionem iussu magistratus, etiam in possessionem venerint, adfert hoc secum iussus prætoris, cui paritum fuerit, ut constituatur creditoribus in omnibus bonis debitoris, pignus, quod in usu iuris dicitur prætorium, ut a prætore, aut iis qui simili potestate præditi sint, constitutum. *L. non est mirum*, *D. de pig. act. L. ult. C. de præt. pig. L. misso*, *D. pro. empt.* Huius pignoris retinendi caussa exceptionem esse creditoribus in possessione bonorum manentibus inter omnes semper constitit. At si forte creditor possessionem amisisset, vetus fuit dubitatio, an quemadmodum recuperandi pignoris conventionalis caussa erat in rem actio prodita creditori; sic esse deberet & de prætorio pignore: placebatque non esse: certe de eo ius fuit controversum. Testis Iustinianus in *L. ult. C. de præt. pig.* qui primus hanc persecutionem & de prætorio pignore in ea constitutione dedit, & se exemplo pignoris conventionalis in eo usum esse testatur. Fuisse tamen & hanc actionem in rem iam olim de eo pignore constitutam quibusdam casibus, satis declarat ibidem, cum constituat eam actionem etsi creditor sua culpa possessione ceciderit, non fortuito casu. Sic enim significat in eo hæsisse dubitationem veterem, an si culpa sua amisisset creditor possessionem prætorii pignoris, illi persecutio dari deberet: cæterum si sine culpa casu aliquo amisisset, etiam prius illi iure vetere in eam rem consultum fuisse, habuisseque eum hic quoque actionem in rem constitutam. Hæc vero illa est species actionis in rem de prætorio pignore, quam hic tradi intelligere debemus. Aut enim ea prius nulla fuit: aut si fuit aliqua, omnino eam fuisse oportet, quæ hic proponitur. XI.

Digitized by Google

XI. Quod certius intelligetur, si animadverterimus in eam quadrare omnia, quæ actioni hic intellectæ tribuuntur. Proponit Iustinianus actionem in rem. Et hæc actio quam dicimus, in rem est, utpote de pignore; cuius persecutio est in rem. *L. pignoris, D. de pig. L. pignoris C. eod.* Prætoriam intelligit Iustinianus. Et hæc persecutio prætoria: non solum quia de pignore actio est ex iure honorario: *L. si tibi, §. de pignore, D. de pact.* sed etiam quod prætor seu magistratus prætorium pignus constituit. *d. L. non est mirum, de pig. act.* nec frustra constituit, sed ut possidenti retinere, amissa autem sine culpa possessione, id persequi liceat. Cætera hic expressa plane consentiunt. Datur hæc actio bonis a creditoribus possessis: quia non aliter pignus hic contrahitur, quam bonis ita possessis, *d. L. non est mirum.* unde nec alter actio in rem de pignore. Datur, si debitor rem ex his bonis alicui tradiderit: non quod si alius tradiderit, non detur; sed quia placuit dari posse etiam si debitor ipse tradiderit, & rem alienarit: quo casu existebat iusta dubitatio veteribus, num & hic danda esset creditoribus pignoris prætorii persecutio: non solum quod missi sunt in possessionem rerum, quam in re alienata amiserunt; sed multo magis quod missi sunt in bona debitoris: nunc autem res debitoris esse desiit, postquam alienata est. Sed placebat nihilominus & hic actionem in rem esse, qua ut hic scriptum est, permittitur creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, ita petere, ut perinde habeatur, quasi nec tradita esset a debitore; sed in bonis eius mansisset. Quod eo pertinet, ne forte noceat creditoribus hæc exceptio, si dicatur eos non iure suo rem persequi, qui cum iussi sint custodire & observare res debitoris, nunc persequantur eam rem, quæ debitoris esse desierit. Sed adversus hanc exceptionem iusta replicatio est, prius constitutum esse pignus, quod debitor creditoribus facto suo non potuit auferre. *L. debitorem, C. de pig.* de eo pignore hanc esse persecutionem.

XII. Unum hoc non videtur persecutioni prætorii pignoris convenire, quod datur hic actio, si res tradita sit a debitore in fraudem creditorum. Nam si pignus hic est, & de eo pignore persequendo hic agitur, non recte adiicitur hæc conditio; conveniebat enim hanc actionem dari de pignore, quocunque modo, & quocunque animo traditum aut alienatum esset a debitore: quoniam ita ius est, debitorem neque vendentem, neque donantem, neque quovis alio modo rem alienantem, posse facere deteriorem conditionem creditoris, aut eius persecutionem impedire. *d. L. debitorem, C. de pignor.* Et in cæteris pignoribus, quæ consensu contrahuntur, hoc ita est. Proprium hoc est huius pignoris prætorii, quo de agitur, ut si debitor rem ex bonis possessis non in fraudem alienarit, rata sit alienatio, nec possit a creditoribus revocari. Tunc enim intelligitur res non in fraudem creditorum alienata, cum debitor non donavit, sed vendidit, ut bonum patremfamilias decet, & rem bene gessit, & pecuniam ad creditores aut curatorem bonorum retulit. Quod cum fecit, non mirum, si nulla superest actio de ea re creditoribus; quoniam eo modo de ea re illis satisfactum est. Satisfactum est etiam legi pignoris: constitutum enim erat rei servandæ caussa. At re ita distracta, ut diximus, creditores rem, id est, id quod sibi debebatur, hactenus servarunt. Ad hæc si debitor solvendo est, non videtur res in fraudem alienata. *§. prævaluisse, supra quib. ex caus. mai. non lic.* Hactenus autem solvendo est debitor, si est ex re alienata, unde creditoribus satisfiat. Certe non debent creditores eam alienationem revocare, qua non revocata, non minus habeant, quod requirunt: non enim malitiis est indulgendum. *L. in fundo, D. de rei vind.* Sed ut ad persecutionem huius pignoris exigimus, ut res alienata sit in fraudem creditorum: ita observemus, cum hoc factum erit, nihil hic amplius desiderari ad rem alienatam hac actione revocandam. Recte: est enim actio in rem, qua nunc agitur. Actio in rem cum detur semper adversus possessorem, *L. actionum, D. de obl. & act.* si quis hic rem alienatam possidet, satis est; hac actione tenebitur: nec requiremus, utrum fraudis particeps fuerit, qui accepit, an non fuerit. Itaque & qui primo a fraudatore debitore accepit ignarus fraudis, tenebitur hac actione, si possidet. Et si alii item quanvis bona fide accipienti tradiderit, etiam posterior hic tenebitur, si possidebit. Qui si sine dolo malo possidere desierint, continuo desinent teneri.

XIII. Atque hinc licet intelligere, ubi bonis a creditoribus possessis res a debitore in fraudem creditorum alienata est, cum sit ex ea caussa actio Pauliana & in factum prodita creditoribus, cui bono fuerit, & hanc actionem in rem ut de pignore prætorio dari. Nempe quia hæc in rem

rem actio bonis iam possessis est plenior & commodior. Nam Pauliana & ex eadem caussa actio in factum tunc solum datur ad revocanda ea, quæ iu fraudem creditorum alienata sunt, eum qui accepit, fuit fraudis particeps, aut rem ex lucrativa caussa accepit. *L. ait*, in pr. §. 1. *L. is qui a debitore*, *D. quæ in frau. cred. L. pen. C. de revo. his quæ in frau. cred.* Sed & utraque actio datur intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, *d. L.* 1. *L. ait. L. hac in factum*, *D. quæ in frau. cred.* At hæc in rem actio de pignore, de qua agimus, nihil amplius exigit, quam fraudem debitoris in alienatione. Proinde quisquis eam rem possidere reperietur, sive fraudis particeps erit, sive non erit; & sive onerosa ex caussa rem possidebit, sive ex lucrativa; hac actione convenietur. Sed & actio cum sit de pignore, necesse est & creditoribus tamdiu durare, quandiu pignus constabit: quod non prius dissolvetur, quam illis satisfactum fuerit.

XIV. Illud quæretur fortasse, si actionem hic intelligimus, quæ sit de prætorio pignore, quid opus fuerit eam distingui ab hypothecaria, de qua agitur in §. *item* seq. immo vero quam recte hæc statuatur alia, quæ est eadem: cum sit hæc etiam pignoris persequendi caussa. Sed hypothecaria proprie est de pignore, quod est ex conventione, aut si quod est, quod ex voluntate domini proficiscitur, ut definitiones pignoris & hypothecæ traditæ in *d.* §. *item*, seq. declarant. In alia caussa habitum fuisse pignus prætorium, quam conventionale, quod ad ius persequendi pignoris attinet, testis est, ut ante dixi, Iustinianus, qui ideo pignoris prætorii possessione amissa, similiter actionem dedit, ut est de pignore conventionali, quia ante diversum ut in rebus dissimilibus obtinebat. Sed & hodie meminerimus in his generibus circa actionem in rem de pignore, hoc esse dissimile; quod re pignori obligata alienata a debitore, ex cæteris caussis nihilominus durat pignoris persecutio, quocunque modo res sit alienata: in caussa prætorii pignoris non aliter, quam si res in fraudem creditorum alienata fuerit: cuius rei rationem supra exposui: ut appareat merito species istas actionum de pignore esse his locis distinctas, quas res ipsa tam aperte separavit.

Item

Item Serviana.

§. VII.

De pignore actio in rem pretoria, cui, adversus quem, cuius rei caussa. I. *Serviana quae, & de quibus rebus.* II. *Quasi Serviana, & hypothecaria quae, & unde dicta.* III. *Pignus & hypotheca quid, & quid alterum ab altero differat.* IV. *Pignus & hypotheca quibus modis constituantur.* V.

Item Serviana, & quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur: sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quae sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

I. PRoponitur ad extremum hoc loco actio in rem de pignore. Hæc a prætore est. *L. si tibi. §. de pignore, D. de pact.* Ex iure quidem civili esse non potest: cum ut supra scriptum est in §. *namque, eod.* ita sint proditæ iure civili actiones in rem, si quis dominium suum vindicet. Actio in rem est. *L. pignoris, C. eod.* creditoribus constituta pignoris persequendi caussa, ut hic declaratur. Et quia in rem, hinc satis intelligimus competere eam adversus omnem, qui pignus possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. 2. C. si un. ex plu. her. cred.* Actionis exitus hic, ut qui convenitur, necesse habeat aut creditoribus agentibus solvere, aut rem de qua agitur, restituere: alioqui quanti ea res est, condemnatur: quo modo, declaratur in *d. L. si fundus, §. in vindicatione, de pig.* Hæc duplex est, ut hic traditur; Serviana, & quasi Serviana, quæ eadem hypothecaria appellatur.

II. Serviana, ut analogia indicat, dicta ab auctore, uti Publiciana. De qua in §. *namque*, in fin. *supra eod.* Hac experitur quis de rebus coloni, ut hic scriptum est: id est locator agri de rebus eius, qui agrum colendum conduxit. *L. res pignoris, D. de acq. poss.* Et additur, de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi locatori tenentur. Qua adiectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercedibus fundi locatori obligatas esse: sed si quæ res coloni pro mercedibus tacite tenentur, de his Servianam hanc competere: ut sit hic relativum, *quae*, non demonstrationis, sed distinctionis caussa additum. Non enim statim pro mercedibus fundi res omnes coloni pignori obligantur. Tacite autem hæ tenentur, in quo genere pignoris Serviana locum habet: Primum fructus fundi, qui ibi nascuntur: & hi citra ullam conventionem domini aut voluntatem. *L. in prædiis, D. in quib. causs. pig. vel hyp. tac. contr.* Deinde invecta & illata in fundum, si aut ut pignori essent, nominatim convenerit; *L. eo iure, D. eod.* aut voluntate domini fundi illata sint, ut est in *L. certi, C. loca.* Voluntate domini inducta sic accipiemus, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur, ut docui in commentario de pignoribus, *tit. in quib. causs. pig. tac. cont.*

III. Quasi Serviana, & hypothecaria est, quæ de reliquis rebus pignori obligatis competit, ut hic indicatur. Quasi Ser-

viana dicta, quod cum Serviana illa proposita esset in edicto a prætore: post deinde de cæteris pignoribus actio cœpit institui ad exemplum prioris illius Servianæ. Hypothecaria autem a reipsa, quam actio persequitur: hæc enim persequitur hypothecam, seu pignora. Hinc quod ad cognitionem actionis necesse erat, de verbo pignoris & hypothecæ docet Iustinianus, quid sit pignus, & hypotheca; simul quid alterum ab altero differat.

IV. *Pignus est*, inquit, *res omnis de qua inter creditorem & debitorem convenit, ut sit pro debito obligata*. Quod ait, *de qua convenit*; magis exempli caussa additum est, quam quod conventio ad definitionem pertineat: multa enim genera pignorum esse constat, quæ constituuntur sine ulla conventione, de quibus paulo post. Erit ergo pignus generaliter, res omnis creditori pro debito obligata. Hypothecæ eandem appellationem esse scribit. *Sed hoc*, inquit, *quantum ad hypothecariam actionem attinet*: alioqui, ut subiicit, si significationem & proprietatem verborum spectamus, inter utrumque hoc interest, quod pignus est, cum simul res traditur creditori, maxime si mobilis sit: hypotheca autem res, quæ sine traditione, nuda conventione tenetur. Sumptum ab etymologia & origine utriusque verbi, dictum est enim pignus a pugno, ut sit res quæ tradatur manu, ac velut pugno. *L. plebs*, *§. pignus*, *D. de ver. sig.* Unde maxime proprie id dicitur de re mobili, in quam solum cadit, ut pugno capiatur. Sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem tradatur creditori. Hypotheca autem verbum græcum est ὑποθήκη, quod latini usu suum fecerunt: idem valens, quod obligationi & nexui subiectum; ut appareat verbum generale esse, ad utramque speciem rerum pignori oppositarum pertinens, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed tamen, inquit Iustinianus, eam rem quæ sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus: nempe verbo generis ad speciem pignori contrariam contracto; quod intelligi necesse est, cum hypotheca a pignore distinguitur; ut accidit in verbo adoptionis, actionis, & aliis innumeris, modo generis, modo speciei et generi subiectæ significationem obtinentibus. *L. 2. D. de adop. L. pecuniæ, §. actionis, D. de ver. sig.* Eadem horum verborum differentia traditur in *L. si rem, §. proprie, D. de pig. act.* Quæ cum sit eiusmodi, qua alterum ab altero tam aperte distinguatur: an non contrarium est, quod eodem hoc in loco paulo ante Iustinianus scribit, inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet; nihil interesse? an non multo magis illud Marciani simpliciter dictum, inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre? *L. res hypothecæ, §. ult. D. de pig.* Immo diversis rationibus, & iis quas iuris auctores hic intelligunt, utrumque recte dicitur. Et hæc summa est; re hæc diversa sunt: effectu iuris eadem. Re diversa, quæ non tantum verborum numero ac sono distinguuntur, sed res diversas significant. At nihilominus effectu iuris eadem: quia & res ipsæ natura sua diversæ, iure tamen idem valent. Res enim pignori opposita tantum tribuit creditori in iure pignoris etsi tradita non sit, quantum si esset tradita: nec plus quæ tradita est, quam quæ non est tradita. Ius namque pignoris positum est in pignoris persecutione seu hypothecaria actione, & in eius actionis commodo: quo scilicet rem persequenti, cum consecutus fuerit, possidere, possessam vendere & tradere emptori licet. Hæc autem actio & persecutio, & si quod est commodum ei actioni adiunctum, tam datur ei, cum quo convenit de pignore sine traditione, quam ei cum quo ita convenit, ut simul ei traderetur rei possessio. *L. si tibi. §. de pignore. D. de pact.* Iure igitur, seu effectu iuris, hæc sunt eadem. Et hoc est, quod Iustinianus hoc loco scribens inter ista nihil interesse, quantum ad hypothecariam actionem attinet; scilicet quia hæc utrique generi pariter tribuitur; in ea autem est is effectus iuris, seu id commodum, quod cum de iure quæritur, in pignore spectare debemus. Ex hoc effectu illud dictum est ab Ulpiano in *L. 1. in pr. D. de pig. act.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Contrahendi verbum ad ius refertur, & ibi valet, ubi ex conventione vinculum iuris nascitur. Recte ergo dictum etiam nuda conventione pignus contrahi, cum pignus conventione obligatur & adstringitur iure; & iure obligationem & actionem parit. Hoc eodem sensu dictum est illud a Marciano, inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre. *d. L. res hypothecæ. §. ult. de pig.* Sane vero inter hæc nihil interest, cum de iure harum rerum quæritur. Quod sentiebat Marcianus, qui de his scribebat ad formulam hypothecariam, id est,

ad

Digitized by Google

ad hypothecariam actionem, ut indicat inscriptio *d. L. res hypothecæ*. Solum hoc constituendum est, quando, & quomodo res quæque pro debito obligetur, ut sit pignus & hypotheca: de quo pluribus scripsimus in commentario de pignoribus, nunc breviter summam perstringam.

V. Pignus omne aut lege constituitur, aut hominum opera & facto. Lege, cum favore personæ, aut caussæ, de qua agitur, pignus tribuitur creditori; ut fisco in bonis debitorum fisci. *L. 1. L. 2. C. in quib. causs. pig. tac. cont.* Ut pupillis & adolescentibus in bonis tutorum & curatorum pro officio administrationis. *L. pro officio, C. de admin. tut.* ut uxori in rebus mariti in caussa dotis. *L. unica, §. 1. C. de rei uxo. act.* ut cuivis creditori in insula restituta, cum pecunia ob restitutionem ædificii credita est. *L. 1. D. in quib. causs. pig. vel hyp. ta. con.* Hominum facto pignus constituitur nonnunquam a magistratu; ut plurimum autem ab eo, cuius in bonis res est, quæ pignori subiicitur. A magistratu, cum iussu eius bona debitoris possessa sunt a creditoribus, quibus in caussis id facere concessum est. *L. non est mirum, D. de pig. act.* de quo genere proximo §. diximus. Ab iis, quorum in bonis res est, constituitur pignus partim testamento, partim inter vivos conventione. Testamento, cum rem aliquam pignori esse illi aut illi creditori iubet testator. *d. L. non est mirum, D. de pig. act.* Conventione ita, ut simul atque convenerit, ut res esset pro debito obligata, pignus contrahatur, etiam si res tradita non fuerit creditori, ut hic traditur, & *L. 4. D. de pig. L. 1. D. de pig. act.* Conventio hic recepta duplex; quædam expressa, quædam tacita. Expressa intelligitur ex verbis conventionis. Tacita admissa est interpretatione iuris in fructibus fundi locati: *L. licet, D. in quib. causs. pig. vel hy. ta. con.* item in invectis & illatis. *L. eo iure, D. eod. L. 4. D. de pact.*

In personam.

§. VIII.

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet prætor: veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum: & eam, ex qua quæritur, an actor iuraverit, & alias complures.

Transitio, §. huius summa, & partitio. I.

I. Hactenus actiones in rem prætoriæ. Neque vero plures sunt, quam eæ quas initio huius divisionis proposuimus in §. *sed istæ quidem*. Deinceps Iustinianus actiones in personam prætorias, ut erat propositum, subiicit: quas ex contractu & velut negotio gesto tres numerat: de constituta pecunia: de peculio: ex iureiurando: ex maleficio autem pœnales innumeras esse ait in §. *pœnales*. contentus quasdam ex iis exempli loco proponere.

De constituta.

§. IX.

De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro se vel pro alio soluturos se constituerint: nulla scilicet stipulatione interposita: nam alioqui si stipulanti promiserint, iure civili tenentur.

I. PRætoria actio est in personam, actio de pecunia constituta. *L.* 1. *D. de pec. const.* de qua tria hic complectitur Iustinianus, qua ex caussa fit; in quem detur; qua de re; quæ paucis cognoscenda sunt. Quibus si addiderimus, cui detur, & quando; natura huius actionis, quod quidem ad hunc locum satis fit, erit exposita. Nascitur hæc actio ex hac caussa, ut hic traditur, si quis quid pacto constituerit se soluturum. Constituit se soluturum qui se soluturum promittit: nam & promittendi verbum ad nudam promissionem potest referri. *L. sciendum*. §. 1. *D. de æd. ed.* Sed quia promittendi verbo frequentius utimur de eo, quod stipulanti promittitur, §. *si scriptum*, *Inst. de inut. stip.* unde constituens, & promittens inter se opponuntur in *L.* 1. §. *cum qui*, *D. de pec. const.* ideo prætor constituendi verbum elegit, ut significetur id quod nuda promissione constituitur & recipitur. Tunc enim locus est constitutoriæ huic actioni (nam & ita nominatur actio in *L. nec enim*, *D. de pec. const.*) cum constituitur quid pacto sine stipulatione, ut hic expressum est. Non quod si quis stipulanti idem promittat, non obligetur, cum sit certissimum vinculum ad firmandum fidem & homines vinciendos stipulatio, *supra de verb. obl.* in princ. sed quia tenetur iure civili, ut hic scriptum est: quo significatur non fuisse in hac promissione necessariam actionem prætoriam, cum civilis sufficeret, ut de Publiciana traditur re a possessore iam usucapta in *L.* 1. *D. de Pub.*

II. Est ergo obligatio & actio constitutæ pecuniæ ex nudo pacto: cum nudum id vocemus quod neque traditione, neque stipulatione sumit effectum, ut est in *L. divisionis*, *D. de pact.* Ius ideo notandum, quia comparatum contra regulam iuris civilis, qua efficitur ex pacto nudo actionem non nasci. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *d. L. divisionis*, *D. de pac. L. legem*, *C. eod.* Unde etiam intelligimus, si vellemus hic actionem nasci, necesse fuisse introduci a prætore: eoque & introductam esse prætoriam. Excepta est nimirum a cæteris pactis hæc species. Excipiendi rationem hanc Ulpianus reddit in *L.* 1. in pr. *D.* de pec. const, *quoniam grave est fidem fallere*. Quod sic interpretandum est, quasi dixit, quoniam grave est in hac specie; nam in universum si dicitur, non est idonea ratio, ex qua colligatur ex constituto constitui debuisse actionem. Nam & in cæteris pactis fides datur. *L.* 1. *D. de pac.* Quod si in his etiam placet grave esse fidem fallere, licebit dicere hac ratione etiam ex his actionem dandum fuisse: quod falsum est. Erit igitur Ulpiani hæc sententia: Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam in hoc genere grave est fidem fallere. Ideo autem in hoc genere præcipue, quia cum non constituatur nisi debitum, ut mox dicetur: nempe in constituto duplex obligatio est, prior per se, & posterior prioris firmandæ caussa. Quare si prior

prior non tenet; at teneat posterior, quæ ad priorem novum vinculum accessit; & quod una conventio non potuit efficere, id congeminata efficiat.

III. Non quisquis constituit se quid facturum, is de constituta pecunia tenetur: sed qui constituit se soluturum nempe quod ante debitum fuit. Non enim solvitur, nisi quod debetur, *supra quib. mod. tol. ob.* in pr. Et hoc est, quod ad caussam huius actionis prætor exigit, ut sit debita pecunia, quæ constituitur. *L.* 1. §. 1. *D. de const. pec.*

IV. Notandum tamen prætorem in edicto dare hanc actionem ei, non qui constituit se pecuniam debitam soluturum: sed solum qui pecuniam debitam constituit, *d. L.* 1. §. 1. Sed hoc idem valet. Unde & actio de pecunia constituta, quæ hic, & superiore §. ita nominatur. Nam constituere inter alia significat, id quod minus firmum est, stabilire & firmare. Cicero lib. 1. Off. *ineuntis enim ætatis inscitia senum constituenda & regenda prudentia est.* Constituenda, id est, constabilienda & firmanda, quæ vacillat. Id autem fit in constituto, cum qnod minus firmiter prius debebatur, aut parum tuto, id nova pactione confirmamus, dum promittimus nos id soluturos. Sed ut constitutum, & debitam pecuniam prætor exigit ad caussam huius actionis: ite nihil amplius; quam constitutum & debitam pecuniam. Id eam vim habet, ut dum hæc duo simpliciter concurrent, actio locum habeat. Constituit quis pecuniam ab aliquo debitam: sed constituit alius, quam debitor: aut constituit alii, quam creditori. Dubitari potuit, an valeret constitutum; quia neque priore casu qui constituit, pecuniam debuit; neque posteriore ei debita fuit, cui constituitur. Sed edictum simpliciter vult pecuniam constitui, nec adiicit, quis constituat, aut cui constituatur, dum pecunia prius fuerit debita; quemadmodum nec illud adiicit, cui, aut a quo sit debita. Unde placuit utrobique constitutum valere ex verbis edicti. *L. eum qui*, §. *quod exigimus*, *D. de pec. const.* Idem acceptum & in verbo *debiti*.

V. Debitam pecuniam prætor exigit; quomodo sit debita, nihil addidit. Ex quo intellectum est, quacunque ex caussa, & quocunque iure quid debitum sit, recte constitui; dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur. *L.* 1. §. *pen.* & *ult. L.* 2. *L.* 3. *D. eod.*

VI. Caussa actionis constituta, licet facile intelligere, cui, & adversus quem detur hæc actio. In eum dari, qui constituit, hoc loco expressum est. Idque genus ipsum actionis ostendit. Est enim in personam: proinde adversus eum, qui obligatus est. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* §. 1. *supra*, *eod.* Non est autem obligatus ex coustitoto, nisi qui constituit. Ex eadem regula ei dabimus, cui constitutum est, sive sit is cui debebatur prius, sive alius. *L. eum qui*, §. *quod diximus*, *D. de pec. const.* Nam ex contractu actio, ut obligatio, constituitur inter contrahentes: ut quemadmodum ex ea caussa agitur cum eo, qui obligatus est: sic agat is qui eum obligatum habet: denique ita definitur actio in personam ut sit, qua adversus eum agimus, qui nobis obligatus est. *d. L. actionum*, *D. de obl. & act.* Sane si ei qui in aliena potestate est, constituatur, iis quorum in potestate est, obligatio acquiritur iuxta regulas iuris. *L. eum qui*, §. *ult.* & 2. *LL.* seqq. *D. de pec. const.* sed etsi actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis constituatur: sive quis constituat se his ipsis soluturum, sive se soluturum municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti: placet municipibus, pupillo, furioso, adolescenti utilem actionem dandam, *d. L. eum qui*, §. *item tutori*, §. *si actori*, *eod. tit.*

VII. Datur hæc actio de pecunia: quo verbo continentur res omnes non mobiles tantum; sed & immobiles. *L. pecuniæ nomine*. *L. pecuniæ verbum*, *D. de verb. sig.* ut intelligamus hanc actionem de omnibus rebus, quas quis se soluturum constituerit, competere. Quod Iustiniaoi constitutione effectum est, cum prius actio de pecunia constituta competeret tantum de iis, quæ pondere, numero, aut mensura constant.

VIII. De cæteris erat prodita actio, quæ dicebatur receptitia; a recipiendo; qnod verbum hic significabat non recuperare, cum ad recuperandum ius nostrum omnis fere spectet actio: sed promittere & polliceri: quumodo latine dicimus recepisse aliquem se aliquid facturum, id est, suscepisse in se, & pollicitum esse. Hac sublata voluit Iustinianus unam esse de omnibus rebus constitutis eam, quæ de pecunia constituta appellatur: quod & ad agendum esset commodior, & verbum pecuniæ rebus conveniret; exstat constitutio in *L.* 2. *C. eod.* eaque constitutio est, & recepta actio, quam commemorat in superiore §. *in personam*.

IX.

IX. Actione ita constituta, nomen ex re impositum: dicta est enim actio de pecunia constituta, ut hic & §. superiore. *L. 2. C. de const. pec.* quibus verbis quid contineatur, supra expositum est. Eadem dicta actio constitutæ pecuniæ. *L. qui id quod*, in princ. *D. de don.* Eadem & constitutoria actio. *L. nec enim, D. de pec. const.*

X. Sed quod hic omissum est, natura actionis non patitur, ut a nobis omittatur, nisi in iure huius actionis ita errare volumus, ut putemus ex superioribus nos ium eam actionem habere, cum nulla est. Monendi igitur sumus, propositam esse hanc actionem edicto non statim, sed sub conditione, si appareat eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est. *L. si duo, §. ait, D. de pec. const.* Conditio edicti hæc est: ex qua intelligitur, non amitti actionem actori, si moram fecerit in eo accipiendo, quod ex constituto debebatur, quod esset contra regulas iuris: *L. illud, D. de per. & com. rei vend.* sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Non eadem conditione ex aliis conventionibus & contractibus puris datur actio: ex quibus ut præsens conventio est, ita & statim agi potest. *§. omnis, supra de verb. obl. L. in omnibus obligationibus, D. de reg. iur.* Sed observandum est novam hic actionem pecuniæ constitutæ introduci a prætore præter regulam iuris civilis. Ideo visum est prætori ita eam inducere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcunque culpa posset actori in accipiendo obiici, ne actio daretur.

Actiones autem.

§. X.

De peculio actio ex contractu & quasi contractu solum filiorumfamilias, servorumve: nunquam ex maleficio. I.
De peculio semper actio adversus patrem dominumve, non semper in solidum. II.
De peculio actio prætoria, & ratio eius adversus patrem dominumve introducendæ. III.
Peculium servi quid, & quo iure habeatur. IV.
Peculium filiifamilias quid, quotuplex, & quo iure quodque habeatur. V.
De peculio non omni actionem esse adversus patrem ex contractu filiorumfamilias & de quo sit intelligenda. VI.
Ipso iure quid fieri, quam varie apud iuris auctores accipiatur, & quæ sit ratio huius appellationis. VII.

Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor: quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso iure non teneantur: æquum tamen est peculiotenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque item servorum) condemnari eos.

I. De actione de peculio sic in summa definit; *ex contractu filiorumfamilias, servorumve constitutam esse actionem a prætore de peculio adversus patrem dominumve.* Addidit *ex contractu*; quo verbo etiam quasi contractum intelligere debemus; ut tutelam & negotia a filiofamilias, aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem, dominumve actio est. *L. 1. C. quod cum eo. L. ex facto, D. de pec. L. ex contractibus, D. de obl. & act. L. si filiusfamilias, D. de neg. gest.* Neque novum est quasi contractum propter affinitatem absolute contractum appellari. *L. sed & cum, D. de neg. gest. d. L. ex contractibus, de obl. & act.* Additum ergo ex cotractu ad maleficia, & quasi maleficia removenda: consulto. Nam ex filiorum quidem familias maleficiis, & quasi maleficiis pater nullo modo tenetur. *§. ult. infra de nox. act.* Ex maleficiis autem servorum tenetur quidem dominus; sed noxali actione, id est, ea, ex qua dominus condemnatus non ideo necesse habet damnum de suo, aut de peculio servi præstare: sed servum noxæ dedendo liberatur. Ex qua etiam potestate noxæ deden-

dedendi, noxalis actio appellata est, *infra de nox. act.* & *L.* 1. *D. eod.*

II. Ait ex filiorum familias & servorum contractu actionem constitutam de peculio; non quod ex eo genere non sit etiam constituta adversus patrem dominumve in solidum (est enim & in solidum constituta: qui locus explicatur fusius in titulo sequenti) sed quia interdum est in solidum, non semper: de peculio autem semper, & sine exceptione. Nam si quid filius, aut servus patris dominive iussu contraxerint, gesserint; tenetur pater vel dominus quod iussu in solidum. Si quid patris dominive iussu gestum non sit, sed in rem patris aut domini versum; tenentur & hi in solidum de in rem verso, id est, quatenus in rem eorum versum est. Si nihil horum factum erit, cessant superiores actiones: sed nihilominus semper actioni de peculio adversus eos locus est. §. *praeterea, infra quod cum eo* de peculio, id est, ut hactenus condemnet iudex, quatenus in peculio sit. §. *sunt praeterea. infra eod.*

III. At hanc actionem a praetore constitui aut supervacuum videri potest, aut iniquum. Supervacuum, si iure civili constituta est. Iniquum, ut ex facto filiorum, servorumve quolibet ignorantes & inviti teneantur patres dominive, ubi hi ex eo quod gestum est, locupletiores facti non sint. Utrique igitur huic dubitationi occurrit hoc loco Iustinianus: docens nullam hanc actionem esse ipso iure, id est civili, de quo postea: ut proinde necesse fuerit, nedum utile, si hanc aliquam esse vellemus, eam iure praetorio comparari. Ut autem constitueretur, aequitatem & utilitatem suasisse. Omnes enim concedent aequum esse ipsos saltem filios, & servos usque ad quantitatem patrimonii sui obligari, tenerive. Peculium autem id eorum velut patrimonium est, inquit Iustinianus. Ex quo efficitur, hactenus teneri eos aequum esse. Qui fit igitur, ut non conveniantur ipsi, sed patres aut domini? quia peculium etsi voluntate patris aut domini & naturali possessione est filiorum & servorum; iure tamen est patris & domini, quatenus his acquiritur. *L. quod servus, D. de acq. poss.* §. 1. *Inst. per quas per.* ut merito ii conveniendi sint, qui in solvendo habent, quod de eo peculio statuant.

IV. Videndum, quid sit peculium, & quatenus verum sit illud, patres dominosve de peculio teneri: neque enim id in peculio filiorum usquequaque verum est. Et illud tenendum est, aliam esse caussam peculii servorum, aliam filiorumfamilias. Nullum peculium servi est, nisi quod a domino nominatim fuerit servo constitutum, quidquid erit, quod quaesierit servus vel aliena liberalitate, vel opera sua & labore. *L.* 4. in pr. *D. de pec.* Unde peculium servi ita definitur, *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. L.* 5. §. *ult. D. de pec.* Hoc genus peculii quantumvis voluntate domini servo concessum, iure tamen totum est domini, & proprietate & fructu: nihil enim servi suum habere possunt. §. *item vobis, supra per quas pers. nob. acquir.*

V. Longe dissimilis caussa peculii filiorumfamilias. Nam primum quidquid habet filiusfamilias aliunde quaesitum, id in peculio est filii: nec quidquam refert, utrum sciente & permittente patre habeat, an ignorante, atque adeo invito. *L. ult. C. de inoff. test.* Deinde non omne peculium filiifamilias est in potestate & dominio patris. Pleraque filiorumfamilias ita sunt propria, ut si patresfamilias essent. Quod ut intelligatur, sciendum est huius peculii plura esse genera, quae una definitione nequaquam contineantur. Quoddam est paganum, quoddam militare. Indicantur haec genera in *d. L. ult. C. de inoff. test.* Paganum appellamus, quod non est militum, ut pagani opponuntur militibus, §. 1. *supra de mil. test.* Id duplex est. Aut enim a patre proficiscitur, aut aliunde: prius profectitium; posterius in usu iuris adventicium dicitur. *L. profecticia,* 5. in pr. & §. *si pater pro filia, D. de iur. dot.* Profecticium est, quidquid a patre collatum est in filium, vel aliunde quidem, facto tamen vel contemplatione patris: colligitur haec definitio ex §. 1. *supra per quas perf. nob. acquir. d. L. profecticia,* in pr. *D. de iur. dot. L. sed si plures,* §. *in arrogato, D. de vulg.* Hoc quanquam voluntate patris collatum est in filium; iure tamen totum est patris, ut olim, ita nunc etiam, *d.* §. 1. *per quas perf. L. cum oportet, C. de bo. quae lib.* Unde dictum, si pater filio quem in potestate habet, donet, donationem nullam esse. *L.* 1. §. 1. *D. pro don.* Adventicium est, quidquid aliunde quam a patre obvenit filio, sive ignorante patre id factum sit, sive invito. Huius peculii proprietas filii est ex constitutionibus: ususfructus quaeritur patri, *d.* §. 1. *per quas perf. d. L. cum oportet, C. de bon. quae lib.* Hoc amplius & possessio, & administratio patri con-

conceffa ad eum modum, qui conftituitur in *L. ult. §. ubi autem*, & deinceps ufque ad fi. *C. de bon. quæ lib.* Interdum cum proprietate etiam ufusfructus peculii adventicii filiis acquiritur: quod receptum eft in iis cauffis, quæ his locis comprehenfæ funt. *L. ult. §. 1. auth. excipitur*, & 2. feqq. *C. de bon. quæ lib.* Militare rurfum duplex eft; caftrenfe, & quafi caftrenfe, *d. L. ult. C. de inoff. teft. L. 1. §. nec caftrenfe. D. de coll.* Caftrenfe eft, quidquid miles in caftris vel extra caftra per cauffam militiæ acquifiit: ut funt ftipendia, ut præda ex hofte; item quæ ad militiam proficifcenti aut in caftris verfanti dantur a parentibus aut amicis ad ufus militiæ neceffaria. *L. caftrenfe, D. de caft. pec.* Quafi caftrenfe eft filiorumfamilias, magiftratuum, patronorum, advocatorum, profefforum, & magiftrorum liberalium artium. Nempe id omne, quod ifti ex ftipendiis publicis, aut ea opera, quam publice Reipublicæ navant, quæfierunt. *d. L. ult. C. de inoff. teft.* Dictum quafi caftrenfe, quia forum & Refpublica fuperioribus quafi quædam caftra funt, eorumque opera quafi quædam militia, qua Reipublicæ militant: quod in perfona advocatorum declaratur egregio refcripto in *L. advocati, C. de advoc. diverf. iud.* Utrumque hoc genus peculii totum proprium eft filiorumfamilias dominio & fructu. *d. L. 1. §. nec caftrenfe, de coll. d. L. ult. C. de inoff. teft.* Et quidem ita, ut huius peculii actionem & perfecutionem, atque adeo liberam alienationem inter vivos filiifamilias habeant etiam invito patre. *L. 4. §. 1. D. de caft. pec.* Unde in hoc genere dicuntur filiifamilias fungi vice patrumfamilias. *L. 2. D. de fenat. Mac.*

VI. Quæ cum ita fint, de actione de peculio adverfus patres ita ftatuemus. Ex contractu filiorumfamilias tenentur patres de peculio profecticio citra controverfiam: totum enim patrum eft: ut proinde poffint & foli fuo iure de eo ftatuere. Tenentur & de peculio adventicio, quatenus in hoc peculio ufusfructus eorum eft. *d. L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Quod fi & ufusfructus ad filiumfamilias pertinebit, de eo non tenebitur pater, ut qui in hoc peculio nihil habeat fuum, quod poffit folvere: fed folus filius aget, & convenietur eo nomine, ut eft conftitutum in *d. L. ult. §. 1.* in fin. illic: *& filius fimili modo, C. de bon. quæ lib.* Id fi in peculio adventicio recte dicitur; multo magis de caftrenfi & quafi caftrenfi intelligendum eft, quorum utrumque fine exceptione filiifamilias effe diximus: huc pertinet *d. L. 4. §. 1. D. de caft. pec.* Quapropter quod in hoc §. dicitur ex contractu filiorumfamilias actionem de peculio effe adverfus patres, fic accipiendum eft, ut fit de peculio, quod fit in iure & poteftate patris. De peculio fervorum nihil diftinguimus, cum omne dixerimus ad ius & poteftatem domini pertinere.

VII. *Ipfo iure non teneantur.* Ipfo iure quid fieri innumeris in locis in libris noftris occurrit: nec fignificatio omnibus ftatim nota: aut fi intelligitur, non tamen huius ratio ftatim expedita. Ac primum hic monendi fumus, ipfum ius non uno modo dici: ne forte ὁμωνυμίᾳ decepti, quod valet in uno loco, eodem modo accipiendum putemus in omnibus. Et tamen ne ut in fignificationibus admodum variis & incertis vagetur animus, nec quidquam habeat, quod fequatur; præcipiendum eft ipfum ius non pluribus modis dici in fumma, quam duobus. Aut enim ipfo iure idem valet, quod iure folo, aut idem quod iure civili, non prætorio. Utraque fignificatio hinc accepta. Ipfum enim ἐμφατικῶς dicitur, ut excludatur ad vim eius de quo quæritur, aliud omne quod ius non fit: ut paulo poft declarabitur pluribus. Eo igitur pertinet adiectio, vel ut fignificetur vere iure quid fieri, quia fiat iure folo, nulla re adhibita extrinfecus; vel ut fignificetur fieri eo iure, quod folum vere ius eft; id eft, civili diftincto a prætorio: Ac ne in eo electio nos fallat, difcernitur facile fignificatio ex adiuncto, cui ipfum ius opponitur. Interdum enim opponitur iis, quæ ut valeant, factum aliquod defiderant. Quod fi recte fit, nempe hoc neceffe eft fic accipi, ut ipfum ius fignificet folum, & præter quod ad vim rei conftitutæ nulla alia re aut externo facto fit opus. Valet intelligiturque hæc fignificatio in his formulis: ut, cum dicuntur exfiftere fui heredes ipfo iure, *§. fui, Inft. de her. quæ ab int.* conftat enim id dictum ad difcrimen extraneorum heredum, qui delata fibi hereditate non nifi volentes & animi deftinatione heredes exfiftunt, adeundo, aut pro herede gerendo. *§. fui,* verf. *neceffarii*, & *§. item extranei, Inft. de her. qual. & diff.* Hoc ergo fignificatur, quod explicatur in *d. §. fui. 2. D. de her. quæ ab int.* fuos heredes fieri iure folo, id eft, non ut cæteri non neceffarii ullo facto fuo adhibito, non aditione fua, non denique cuiufquam auctoritate aut interventu. Item cum dicitur æs alienum hereditarium dividi inter heredes pro portionibus hereditariis ipfo iure.

re. *L. pacto successorum*, *C. de pact. L. ea quae*, *C. fam. erc.* Constat & hoc relatum esse ad eam divisionem, quae fieri solet in iudicio familiae ercifcundae, & nomina hereditaria a caeteris rebus hereditariis in hac divisione distingui. Hoc ergo dicitur, etiam tum, cum ii qui ad hereditatem vocabantur, heredes exstiterunt, res hereditarias caeteras indivisas manere: sed dividi postea aut voluntate heredum inter se, aut iudicio familiae ercifcundae: *L. non ideo*. *L. coheredibus*, *C. fam. er. L. 1. D. eod.* at nomina hanc divisionem non desiderare; quia ipso iure, id est iure solo sine hoc facto divisa sint: unde dicuntur nec in iudicium familiae ercifcundae venire. *L. 2. §. ult. D. eod.* Eiusdem significationis est illud, cum dicitur actio perimi ipso iure, non per exceptionem, aut contra. *L. qui servum*, *§. 1. D. de ob. & act. L. lecta*, illic, *sed cum fortis*, *D. si cer. pet.* Id enim valet, actionem perimi iure solo statim, ut maxime nullum factum debitoris in ea liberatione opponenda intervenerit: aliter atque in his, in quibus liberatur per exceptionem: cuius vis est ea, ut eam allegari, & in iudicium deduci ab initio oporteat: alioqui reo nihil profit. *L. si quidem*, *L. praescriptionem*, *C. de exc.* Eiusdem rei & illud, cum dicitur quid valere non ipso iure, sed per fideicommissum. *L. quaerebatur*, illic, *sed in proposito*, *D. de test. mi.* Nam & hic ipso iure declarat iure solo: id est ita, ut ad eum in quem voluntas testatoris confertur, res perveniat recta sine ullo facto & interventu heredis: cum si quid non valeat nisi per fideicommissum, in eo opus sit heredis aditione, & restitutione fideicommissi. *§. sed si recusabat*, *Inst. de fid. her.* Eodem sensu dictum & illud, portionem legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanere, etsi res corporaliter in solidum translatae sint. *L. 1. §. si quis ex mortis*, *D. quod leg.* Hoc enim est, remanere eam apud heredem iure solo id efficiente sine cuiusquam opera: est enim heredis, quamvis non sit ei tradita a legatariis, etsi ab herede non vindicata, aut corporaliter apprehensa. *L. lineam*, *D. ad leg. Fal.* Mutatur significatio, cum ipsum ius opponitur iuri praetorio: tum enim ex specie adversante ipsum ius intelligitur civile, ut hoc loco: ubi haec sententia est; ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem, dominumve comparatam a praetore; quia hi non teneantur eo nomine iure civili, & tamen aequum sit teneri peculio tenus. Quae & significatio manifestior est in his orationibus, cum legimus omnes actiones aut ipso iure competere, aut a praetore dari. *§. 1. infra de per. & temp. act.* Item, usumfructum & alias servitutes partim iure ipso constitui, & valere, partim tutione praetoris. *L. si ususfructus*, *§. 1. D. ususf. quemadm. cav.* Id enim alibi sic explicatur, constitui aut iure civili, aut praetorio. *L. 1. in fin. D. de superf.* Neque vero magis dici possunt ista acquiri, seu constitui ipso iure, ut significetur iure solo sine cuiusquam facto; quam dicuntur res corporales ipso iure acquiri, cum ad eas acquirendas traditio & possessio requiritur: nam & ad usumfructum & alias servitutes acquirendas eadem velut traditione & possessione, id est, iisdem factis opus est. *L. 3. in pr. D. de usuf. L. ult. D. de ser. L. 1. in fin. D. de ser. rust. prae.* Ac cur ipsum dicatur solum, cum sententia postulat, minus dubium est. Nam ut significetur aliquid fieri iure, ac non solo, sufficiebat dicere iure fieri. Cum autem additur demonstrativum ipso, intenditur oratio, & hoc significatur videlicet, fieri illo ipso modo, non alio. Et vero scimus quae vis esse soleat huius demonstrativi, cum dicimus ipse fecit: est enim haec, ut significetur ille ipse per se, non per alios. At cur his verbis, ipso iure, designetur veteribus ius civile, dubitari potest. Ius enim verbum est generis, quod non minus ad praetorium, quam ad civile pertinet: utrumque enim ius est: quin iuris Romani species hae duae, civile, & praetorium *L. ius autem*, *D. de iust. & iur.* Cur igitur verbo generis designetur potius ius civile, quam praetorium; aut potius cur verbo generis utentes veteres ambiguitatem relinquunt, quam si speciem exprimerent, tollere potuerunt? Et sane verbo solo iuris non recte uterentur, ut unam potius speciem significarent, quam alteram, cum ambae etiam in specie ipsa exprimenda retineant nomen iuris, distinguanturque solum his adiectionibus, ut una dicatur ius civile, altera ius praetorium. Sed addita particula, ipso, designatur iam species iuris, non genus. Recte enim Baro, ipsum inter caetera notare excellentiam: ut cum discipuli Pythagorae dicebant, *ipse dixit:* ipse illis erat Pythagoras per excellentiam. Id ergo demonstrativum iuri tributum ex hoc sensu facit, ut ius id quod excellat, intelligere debeamus. Id autem est ius civile. Quinimo id ipsum est, quod vere nomen & auctoritatem iuris obtineat: nam praeto-

rium non tam ius est, quam viva vox iuris civilis: sic enim appellatur in *L. nam & ipsum, D. de iust. & iur.* Viva vox, id est interpretatio quædam, & [illegible]. Unde dicitur constitutum adiuvandi, supplendi, corrigendi iuris civilis gratia, *d. L. ius autem D. de iust. & iur.*

Item si quis postulante,

§. XI.

Ex Iureiurando actio cui detur & qua ex caussa. I.
Ex Iureiurando actio adversus quem. II.
Ex Iureiurando actio a prætore constituta, non iure civili; & cur utrumque. III.
Iusiurandum adversario deferente datum, nec prætextu periurii retractari: duas caussas excipi. IV.
Ex Iureiurando actio, in factum dicitur, & utilis; ita ut his verbis significetur una eademque actio, non duæ. V.

Item si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur: iustissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit.

I. Tertia est actio prætoria in personam, eademque ex contractu, quæ hic ordine proponitur: comparata ex iureiurando ei, qui deferente adversario iuravit, aut perinde habetur, quasi iurasset sibi quid deberi, aut suum esse. Quæ ut plane intelligatur, & una hic locus; natura eius ex iis quæ propria sunt singularum in personam, distincte spectanda est: sunt autem hæc præcipue in hac actione: Quibus qua ex caussa detur: Adversus quem: Quo iure constituta sit; Quam recte constituta: An semper detur & sine retractatione iurisiurandi: una sit, an plures, & quo nomine vocetur. Proposita est hæc actio duobus, & his totidem de caussis. Primum ei, qui iuraverit sibi deberi pecuniam, ut hic expressum est. Idem est, etsi iuraverit, quid suum esse. *L. nam postea, §. ult. D. de iur.* Sed utrumque hac conditione, si iuraverit postulante adversario, ut hic scribitur: quod in edicto dicitur, si quis conditione delata iuraverit, ut proponitur in *L. 3.* in prin. *D. eod.* quod quamobrem adiectum sit, ratio ibidem reddita est. Deinde etiam proposita actio ei, cui remissum est iusiurandum: ut hic quidem perinde habeatur actor, quasi iurasset. *d. L. nam postea*, in princ. *D. eod. L. 1. L. actori, C. de reb. cred.* Remissum iusiurandum dicitur, cum quis delatum suscepit, sed cum paratus esset iurare, adversarius qui detulit, gratiam ei fecit iurisiurandi, sola voluntate iurisiurandi suscepti contentus. *L. remittit, D. de iurei.*

II. Adversus quem detur, ex genere actionis æstimandum est. Constat actionem in personam esse. *§. in personam, supra.* Proinde adversus eum qui detulit, cum quo res gesta est, qui idem conventione se obligavit: & ut in eum, sic adversus eos, qui in locum eius successerunt: cæterum adversus alium si velit iureiurando ut is qui iuravit, nihil ei proderit; etiam si iuraverit rem aliquam suam esse: hæc in *d. L. nam postea, §. ult. D. eod.* & sunt omnia propria actionis in personam; quæ nunquam adversus possessorem ut possessorem datur; sed solum adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. actionum, D. de obl. & act.* Ex contractu autem & conventione obligatur is solus suo nomine, qui cum contractum aut quid actum est. *§. 1. supra eod.*

III. Est autem actio prodita iure prætorio, non civili, ut hic declaratur, & *§. in personam supra eod.* Quæ res introducit hanc quæstionem, cur non detur iure civili; & cum illo non detur, cur potius detur iure prætorio. Et ita est ius civile, ut nulli detur actio, nisi ei, cui quid debetur, ut indicat definitio actionis, tradita supra in principio huius tituli. Nec satis est in iudicio dicere sibi quid

quid deberi, nisi qui dicit, probet: & hic ordo iudiciorum est, ut reus actore non probante absolvatur. *L. 2. D. de prob. L. qui accusare, C. de ed.* Non probat autem deberi sibi, qui sibi deberi iurat: fieri enim potest, ut peieret. Hæc ratio dum in universum iure civili retinetur, inde factum est, ut eo iure in hanc caussam actio non sit constituta. Cur ergo prætor hic constituit? quia nihilominus iustum fuit constitui, & ut hic loquitur Iustinianus, iustissimum. Qui iustum, cum pugnet cum superiore ratione? Quia ad religionem iurisiurandi accedit deferentis conventio & consensus; dum is hoc dicere videtur, si actor iuraverit, se paratum iuriiurando stare, id est præstare quod petitur. Unde dicitur iusiurandum proficisci ex conventione. *L. qui iurasse, §. ult. D. de iurei.* Ex hac conventione suscepto iureiurando, si etiam iurat actor, non est nuda conventio, sed fecit actor, ut sibi vicissim fieret, quod petit: vel ex regulis iuris civilis eiusmodi pactio servanda est. *L. legem, C. de pact.* Atqui si in iureiurando inest hæc conventio, fuit utique & ante quam hæc actio a prætore constitueretur. Cur non igitur ex ea & iure civili putemus fuisse iam olim actionem? quia non est expressa conventio, neque omnibus cognita. Hanc autem inesse prætor est interpretatus & religionis tuendæ caussa, & quo a litibus facilius discederetur: atque hanc interpretationem secutus adversus deferentem actionem dedit. Hinc illa; iusiurandum servari propter religionem & conventionem. *L. sed et si servus, D. de iur.* item iureiurando transigi negotium inter litigatores. *L. admonendi, in fi. D. eod.* item, iusiurandum speciem transactionis continere. *L. 2. D. eod.* Speciem accipe, non speciem transactioni & generi subiectam; sed similitudinem seu instar transactionis. Accedit ad hanc conventionem utilitas publica, dum id agitur iureiurando servando, ut sit aliquis litium finis. *L. ult. D. pro suo.* Ergo hæc actio constituta est ei qui iuraverit sibi quid deberi, aut suum esse, adversus eum qui iusiurandum detulit: & iure optimo constituta.

IV. Sed an data sine exceptione? quid enim, si dicat adversarius iurantem peierasse? Et de hac re generaliter ita definitur in *L. 1. C. de reb. cre.* caussam iureiurando delato & præstito, vel remisso decisam, nec periurii prætextu retractari posse: idem in *L. quod si deferente, D. de dol.* Idque est, quod hic dicitur, in hac actione non illud quæri, an actori pecunia debeatur, sed an iuraverit: ut intelligamus illo probante se iurasse, reum omnimodo esse damnandum. Idem in *L. 5. §. dato, D. de iur. L. post rem, D. de re iud.* Sed hoc non est perpetuum. Iusiurandum ob periurium duabus de caussis accedentibus retractari posse placuit: alias propter caussam de qua iuratur; alias propter conventionem iurisiurandi delati. Propter caussam una in specie receptum est: legati scilicet aut fideicommissi, quod nondum cognitis verbis testamenti iuravit legatarius sibi deberi quanvis herede postulante: effectum hoc lege Iustiniani. *L. ult. C. de reb. cred.* favore supremarum voluntatum, ut videtur: quas publice interesse existimatur conservari. *L. vel negare, D. quem. test. ap. L. 1. C. de sac. ecc.* Propter conventionem idem probatum, cum iusiurandum delatum est specialiter hac lege & conventione, ut si probaretur adversarium peierasse, liceret iusiurandum retractare. Hanc exceptionem esse interpretor, quæ in *L. 1. C. de reb. cred.* in extremo expressa est his verbis, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*: lege, id est, lege & conventione delati iurisiurandi: ut sit eo loco lex, pactio & conventio in deferendo iureiurando interposita: quomodo legis verbum a veteribus in usu iuris passim usurpari solere notius est, quam ut in eo probando laborare oporteat: ut *L. in lege. L. fistulas. L. fundi, D. de cont. empt. L. legem, C. de pact. tit. C. de pac. int. em. & tribus seqq.* Legis autem verbo cavendum, ne illic cum interpretibus constitutionem intelligamus: nam nec præteritam constitutionem excipere potuit Antoninus, cum nulla esset; & multo minus futuram, quæ an ulla esset futura, divinare non potuit. Et ut esset futura; tamen stultissimum esset de eo monere, cum omnes scirent per posteriores leges prioribus derogari posse: quæcunque autem futura esset lex posterior, nihil ad ius & consultationem præsentem consultoris pertineret. Teneamus igitur legem illic accipi debere conventionem iurisiurandi delati. Qua interposita, ne miremur iusiurandum retractari posse ob periurium: semper enim æquum erit, inter litigatores conventionem servari. *L. 1. D. de pac.* idque efficitur edicto generali de pactis. *L. iuris gentium, §. ait, D. de pac.* Non aliis de caussis caussam iureiurando adversario deferente decisam retractari posse legimus. Nam quod dicitur in *L. admonendi, D. de iur.* caus-

sam iureiurando a iudice ob inopiam probationum exacto decisam ex integro agi posse: huc non pertinet, ubi de eo, qui postulante adversario iuravit, agitur. Et diserte distinguuntur hæc genera in *d. L. admonendi*.

V. Actio ex iureiurando appellatur in factum in *L. actori, C. de reb. cred.* Est etiam, ubi nominetur utilis, ut in *L. si duo, §. Marcellus. L. sed et si possessori, §. ult. D. de iur.* Cavendum tamen, ne cum vulgo ideo has duas actiones diversas esse existimemus. Utramque eandem esse sciri potest ex *d. L. sed et si.* Ubi quæ in primo responso, vers. *proinde*, dicitur in factum: in simili vel potius in eadem specie dicitur utilis in *§. ult.* Sed de eo, ut & de vi superiore iurisiurandi, itemque de reliquis partibus ad iusiurandum pertinentibus scripsi accuratius in commentario de iureiurando.

Pœnales quoque.

§. XII.

Triplex dumtaxat pœnalis actio prætoria hic a Iustiniano descripta, & quare non omnis: de unaquaque obiter. I. II. IV. V.

Pœna illius qui parentem vel patronum in ius vocasset, non impetrata venia, ex quo more aut instituto derivata. III.

Pœnales quoque actiones prætor multas ex sua iurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo eius corrupisset: & in eum, qui patronum vel parentem in ius vocasset, cum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur, cuiusve dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

I. Quod pœnales nominant eas, quæ sequuntur; innuit eas, quarum supra feci mentionem, esse rei persecutorias; significans utriusque generis actiones in personam esse a prætore constitutas. Quid autem contineatur his appellationibus, exponit in *§. sequens illa, infra. Adversus eum qui quid ex albo eius corrupisset.* De hac actione, & ea parte edicti est in *L. si quis id quod, D. de iurif.*

II. *Et in eum qui patronum vel parentem in ius vocasset.* Hæc actio proposita est edicto prætoris ea parte, quæ est de in ius vocando. Proposita autem non simpliciter in eum, qui istas personas in ius vocasset; sed qui vocasset sine permissu prætoris. *L. 4. D. de in ius voc.* Venia autem petita impune vocare licuit. *L. pen. L. ult. C. eod.* Quibus, adversus quos, quam ob rem sit proposita, partim comprehensum est edicto quod extat in *d. L. 4. de in ius voc.* partim diligentius explicatur ibidem, & subiectis aliquot capitibus. Actio pœnam continet. Est autem pœna edicto constituta quinquaginta aureorum. *L. pen. D. eod.*

III. Sed hic subsisti potest. Cur enim hic pœna adversus vocationem in ius, quæ legitimo iure instituatur? Movet, quod non est pœna, nisi ubi præcessit delictum: pœna enim nihil aliud est, nisi delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Quod potest autem delictum esse in eo, quod libertus patronum in ius vocat: quod filius patrem, ambo iuris persequendi caussa? nam quod potest esse delictum in iuris sui persecutione? Iure licet cuivis agere, & persequi iudicio, quod sibi debetur: est enim actio id ius persequendi. Et hoc si iure, licet & eum cum quo acturus sis, in ius vocare: quoniam huius persecutionis & actionis initium fit ab in ius vocando, *§. ult. infra de pe. tem. lit.* Porro quod iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. de adul.* Non abs re igitur videri potest, nullam hic pœnam esse debuisse: quamobrem & constitutæ ratio merito quæritur. Et referri hæc debet ad morem veterem iudiciorum Romanorum, quo tempore hoc edi-

edictum propositum est. Ut is mos fuit, habuit in ius vocatio nonnihil ignominiæ. Sciendum est enim, quod a viris doctis recte observatum est, in primis a Duareno *lib.* 1. *Disput. c.* 1. sic ius fuisse olim in ius vocationis, ut qui vocabantur, inviti cogerentur ire; alioqui etiam invitos liceret ducere, ut patet ex *L. plerique. L. neque, D. de in ius voc. ex tit. in ius voc. ut eant:* item ex eo, quod constituta esset actio in eos, qui in ius vocatum vi exemissent, *tit. Ne quis eum qui in ius voc. est, vi. exim.* Non eximitur, nisi qui aufertur alteri; nec aufertur alteri, nisi qui ab eo tenebatur, aut ducebatur. *L.* 4. *D. ne quis eum qui in ius voc. est.* Nec evitabat quisquam hanc ductionem, nisi satis aut cautum pro personæ qualitate daret se iudicio constituto die sisturum. *d. tit. in ius voc. ut eant.* Publice quenquam ita duci ignominiosum: certe quod vehementer lædat verecundiam eius, qui ducitur. Satisdare autem aut cavere etsi per se non est turpe: tamen ut illam ductionem evites, id cogi facere, vim adiunctam & minas habere videtur. Sed etsi aut invitum ducere, aut huius ductionis vitandæ caussa satisdationem exigere inter alios cives delicto caruit, quia erat permissum: tamen nemo non videt his rebus offendi reverentiam parenti & patrono debitam, si quis hæc adversus istos instituat. Hinc delictum, si quis hos in ius vocaret; unde & pœna. Et tamen quia propter metum huius reverentiæ non debuit exigi a liberto, aut filio, ne ius suum ab his non persequerentur, si illi iniuriam facerent, aut non præstarent quod debent: res ita temperata est a prætore, ut vetaret eos in ius vocari sine permissu suo: venia autem petita concederet: cum ipsa veniæ petitio reverentiæ debitæ significationem haberet.

IV. *Item adversus eum, qui vi exemerit.* Quale sit hoc genus actionis, & quam originem habeat, ex his, quæ modo diximus, intelligitur. Est igitur actio ei qui reum in ius vocatum ducebat, constituta adversus eum, qui vocatum vi exemisset. *L.* 1. *& tot. tit. D. ne quis eum qui in ius voc. est.* Constituta autem actori in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, de qua controversia est, ut sunt verba in *L. pen.* in pr. *D. ne quis eum.* id est, constituta in id quod actor sibi deberi dicet: cuius fidem faciat hoc ipso, quod affirmabit tantum sibi deberi; omissa quæstione, an sit calumniator, necne, ut est in *d. L. pen.* id est, an ei vere debeatur, necne: in quo cernitur actionis pœna: cum alioqui iure publico nulli dicenti nisi probanti fides habeatur in iudicio. *L.* 2. *D. de prob.* Unde & actore non probante placet reum obtinere. *L. qui accusare, C. de eden.*

V. *Et alias innumerabiles.* Cur omnes actiones prætorias pœnales non recenseat, rationem reddit, quia sint innumerabiles. Et vero recensere, ut est eius institutum, non est necesse. Proposuit enim in §. *sed istæ, supra* actiones tam in rem quam in personam non tantum iure civili constitutas esse, sed esse & alias in utroque genere ex iurisdictione prætoris, id est, edicto comparatas: satisfecit instituto & propositioni superiori, si exemplis doceat tam in actionibus in rem, quam in personam rem ita se habere. Quod & fecit: ita tamen, ut ubi caussæ & species earum actionum facile comprehendi possent, illic aut omnes, aut maxime necessarias sit complexus, ut supra: ubi autem fuerunt innumeræ, eas omiserit, contentus ex innumeris paucas proponere, ne exempla deessent ad probandum, quod proposuerat: ut hic factum videmus.

Præ-

Præiudiciales.

§. XIII.

Præiudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cætera ex ipsius prætoris iurisdictione substantiam capiunt.

I. DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, & eorum caussis quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit tacitæ obiectioni, quæ efficere videbatur deesse aliquid superiori divisioni, eoque & vitiosam esse divisionem. Nata dubitatio ex actionibus præiudicialibus: quas quidem actiones esse constat: certe ita nominari apparet: videri tamen posse neque in personam esse, neque in rem. Non sunt in personam: non enim sunt adversus eum, qui sit nobis obligatus, quod est proprium actionum in personam. §. 1. *supra L. actionum, D. de obl. & act.* Non videntur esse in rem: quia cum actione in rem id agatur, ut res ad ius nostrum pertinens, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur, nulla eiusmodi restitutio fit in actionibus præiudicialibus. Vitiosa igitur divisio, cui hoc genus desit. Adversus hanc seu obiectionem, seu dubitationem tacite superiorem divisionem confirmat, docens etiam præiudiciales actiones de quibus dubitari scimus ad eam divisionem pertinere, non novam speciem constituere superioribus generibus non subiectam: ne quis forte hoc saltem genus hic requirat: videri enim actiones in rem esse. De quibus si distincte dixero, quæ sint; quæque earum species; Quid sit earum proprium, unde & nomen: Cur dicantur in rem; Cur aliæ civilem caussam habere, aliæ a prætoris iurisdictione proficisci: de sententia huius loci, & harum actionum natura dixero.

II. Præiudiciales actiones, si de re quæritur, non de verbo, & generaliter dicendum est, sunt actiones de statu vindicando asserendoque, sive hunc in alio certum esse dicimus iuris alicuius nostri ab eo obtinendi caussa; sive is contra contrarium statum sibi ab eo iure liberum defendat, eumque vindicet. Id ita esse, atque adeo quale sit, species huius generis cognitæ planum facient. Earum tres species numerat hoc loco Iustinianus.

III. Una est, *in qua quæritur*, inquit, *an aliquis liber sit:* adde, quod tribus verbis interiectis sequitur, an servus. Est enim ea actio, qua inter duos agitur de unius libertate simul & servitute: cui scilicet locus est inter duos, quorum unus eum cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra se liberum contendit, ut necesse sit in ea controversia quæri, utrum is, qui servus dicitur, liber sit, ut ipse se dicit, an servus, ut ab adversario obiicitur. Nec interest ad actionem præiudicialem huius generis, a quo actio & intentio nascatur: utrum ab eo qui se dominum

minum dicens ad iudicium provocat, & eum quem ſervum dicit, in ſervitutem petit: an vero ab eo, qui ſervus dicitur, dum is adverſus eum qui libertatis controverſiam facit, ultro in libertatem [1] proclamat, id eſt, ſe liberum eſſe intendit, & quodammodo ſe in libertatem vindicat. *L. liberis*, *§. ult. L. quod autem*, *D. de lib. cau.* Inde hæc cauſſa dicitur etiam cauſſa liberalis, & liberale iudicium, utpote in qua de libertate agitur *d.* [2] *L. quod autem*, *L. ordinata*, *D. eod.*

IV. Altera ſpecies eſt, *in qua quæritur*, inquit, *an quis ſit libertus:* quod rurſum ſic accipi debet, utrum libertus quis ſit, an ingenuus. Ea eſt enim, qua inter eos agitur, quorum unus alterum libertum ſuum eſſe dicit; id eſt, a ſe iuſta ſervitute manumiſſum, ſeque ei patronum eſſe. *Inſt. de liber.* in princ. *L. adoptivum*, *§. patronum*, *D. de in ius voc.* alter autem ſe eius libertum, id eſt ſe ab eo manumiſſum negat: ſed ſe aut ingenuum plane eſſe, aut ab eo cum quo agitur, ingenuum eſſe contendit. Unde quæſtio huius iudicii propria, an is, qui libertus dicitur, ſit libertus, an ingenuus. Neque hic refert, uti nec in priore ſpecie, uter de iure ſuo adverſus alterum ad iudicium provocet: ſed alterutro agente præiudicium ſeu præiudicialis actio redditur: in qua eadem quæſtio verſatur. *L. circa*. *L. quoties*, *D. de prob. L. ult. D. ſi libert. ing. eſſe dic.*

V. Tertia ſpecies eſt, quæ hic dicitur *de partu agnoſcendo*. Cui tunc locus eſt, cum maritus ſoluto matrimonio partum ab uxore editum ſuum eſſe negat; ſive quod neget eam uxorem ſuam fuiſſe, ſive quod ex ſe prægnantem. *L. 1. §. dies*, in fin. *D. de agnoſc. lib.* mulier contra legitimum partum eſſe & ex marito editum contendit. Agit ergo Mulier in hac controverſia adverſus maritum intendens ſe & uxorem eius, & ex eo prægnantem fuiſſe: petit, ut ita eſſe pronuntietur, quo & maritus partum pro ſuo agnoſcat, agnitum pro iuſto filio habere, atque alere cogatur. *d. L. 1. §. pen. §. ult. de agnoſc. lib.* Hæc actio mulieri non eſt neceſſaria, cum & ſine iudicio maritus partum agnoſcere, & pro ſuo alere cogitur Quod tunc placuit, cum denuntiatione legitima præcedente, qua nuntietur mulier prægnans eſſe, nec maritus, nec quiſquam nomine mariti reſpondet ex eo non eſſe prægnantem. *d. L. 1. §. denuntiare*, verſ *pœna*, *§. pen. eod.* Denuntiatio autem iuſta in hac re talis deſcribitur in *d. L. 1. §. 1.* permittitur mulieri, parentive, in cuius poteſtate eſt, vel ei, cui mandatum ab eis eſt, ſi putet prægnantem, denuntiare intra dies triginta poſt divortium connumerandos, ipſi marito vel parenti in cuius poteſtate eſt, aut domum denuntiare, ſi nullius eorum copiam habeat: hoc autem denuntiatur mulierem eſſe ex eo prægnantem; ibidem in *§. denuntiare*. Tunc ergo mulieri neceſſaria eſt hæc actio ad agnitionem partus, cum aut non denuntiavit ſe eſſe prægnantem, vel ii nomine eius, quos ſupra diximus: aut ipſa denuntiante maritus negavit ex ſe prægnantem eſſe. *d. L. 1. §. ult.* Competit hæc actio ſoluto matrimonio adverſus maritum, qui ita, ut dixi, partus controverſiam facit. Competit & adverſus avum, ſi poſt mortem mariti eiuſdemque patris partus edatur avo ſuperſtite, in cuius poteſtatem recaſurus ſit partus, ſi ex filio eius natus probetur; avus autem partum ſimiliter non agnoſcat. *L. 3. §. 1. D. eo.* Actio de partu eſt, non tantum ſi poſt divortium edatur, ſed etſi iam ante conſtante matrimonio ſit editus, & de eo agnoſcendo agatur. Sed nec tantum de eo, qui edatur poſt divortium, ſed etiam de eo qui edatur poſt mortem mariti, atque ita matrimonio morte mariti ſoluto. *d. L. 3. §. 1.* Hæc actio de partu non item vice verſa marito adverſus uxorem competit, ut neget eam ex ſe fuiſſe prægnantem, ne poſtea partum agnoſcere cogatur. Ideo dicitur actio de partu agnoſcendo, ut declaretur ea agi adverſus aliquem, quo is partum agnoſcere cogatur. At hoc ſola petit uxor a marito qui prius partus facit controverſiam: nunquam maritus ab uxore, cum illud contendat potius, ne partum agnoſcat. Et vero ad eam rem actio de partu illi ſit inutilis. Nam ſi mulier nihil denuntiavit, aut ea denuntiante reſpondit maritus non eſſe ex ſe prægnantem, etiam ſine iudicio non cogitur partum agnoſcere: ut ad id obtinendum quod habet, actio ſit inepta. *d. L. 1. §. Iulianus*, verſ. *idem per contrarium*.

1) Et proclamare ſimpliciter ac conciſe dicti qui ad libertatem *L. 4. C. ubi ca. ſtat. agi* Seneca 2. *Controv.* 2. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 16. *pag* 256 *et ſeq.*

2) Etiam aliis auctoribus Terent. *Adelph.* 2. *Sc.* 1. Plaut. *Pœnulo* 4. *Sc.* 2. non a liberalitate, ut quidam inſulſe, ſed libertate, ſicuti & artes liberales, Merc. 2. *Opin.* 21 Ioan. a Wover. *de Polymathiae.* 3. Unde & liberalitas dicitur quaſi libero digna ſicuti & Græce ἐλευθεριότης 4. *Eth. Nicom.* 1. Tho. Sagittar. *Exerc. Ethic. Exoter.* 13. *Theſi* 4. *lit. B.* Plane Rævar. 1. *de Praiud.* 12. Liberales cauſſas a præiudicialibus actionibus differre contendit. Sed in his immorari non libet.

rium. §. *ult.* illic, *plane*, *D. eod.* Contra si muliere denuntiante non negavit ex se prægnantem, sic partum alere cogitur, ut non possit id detrectare. *ead. L.* 1. §. *denuntiare*, vers. *pœnæ*. Sane non ideo partus illi filius & suus heres efficitur. *ead. L.* 1. §. *idem Iulianus*. Quæ res facit, ut possit & ea de re iudicio experiri, de quo mox: sed de eo an quis sit filius noster necne, cum ipso filio agitur, non cum uxore, quæ dum non cogatur partum alere, de conditione filii iudicium accipere necesse non habet.

VI. Huic finitima est quarta species, qua inter patrem & filium agitur, in qua & ipsa quæritur, an quis sit filius & in potestate Lucii Titii, necne: quod quidem cum superiore specie commune est. Nam & illa quæstio, an partus sit ex Lucio Titio editus, non aliud continet, quam hoc, an is partus sit filius & in potestate Lucii Titii. Unde & sententia pro partu eum filium, & suum heredem facere dicitur. *d. L.* 1. in fi. *de ag. lib.* Sed tamen hæc posterior longe diversa est ab illa priore de partu agnoscendo. Hac enim posteriore non inter uxorem & maritum agitur in controversia de conceptione partus: sed inter patrem & filium ipsum: sic nunc voco eum, qui pater, & qui filius dicitur. Illa de partu soli matri datur adversus maritum, non marito adversus matrem: hæc posterior & patri maxime adversus filium, & vicissim filio adversum patrem. Actio de partu datur matri solum affirmanti partum iustum esse, & filium mariti; non neganti. Hæc posterior quam dico, sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum cum quo agitur, & contra neganti. Similiter & filio datur in utramque partem, id est, sive filium se esse intendat Lucii Titii, petatque, ut agnoscatur a patre, sive se filium eius esse neget. Sed & in hac posteriore specie non quæritur, an quis sit filius ex caussa iusti partus: sed ex quavis caussa, qua quis iure civili iustus filius efficitur. In summa sciamus ei qui pater dicitur competere actionem præiudicialem adversus eum qui dicitur filius, non tantum qua intendat se patrem esse & illum filium, qui se filium negat: sed & contra qua neget eum filium suum esse, qui se filium esse contendit. Et vice versa filio adversus patrem ultro eandem actionem dari in alterutram partem de iure filii affirmanti. In quibus omnibus una hæc quæstio versatur, an quis sit filius, necne. Pater si filium petat, qui se filium eius esse neget; præiudicio agit cum filio, ut is filius suus pronuntietur. Hoc præiudicium intelligit Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* in his verbis: *petuntur liberi nostri, qui sunt in potestate, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria*. Id autem ita fit: aut enim liberi nostri detinentur ab aliis, aut ipsi nobis faciunt sui controversiam. Adversus alios agitur interdicto, de liberis exhibendis ducendisve. Ipsi si sui controversiam faciunt, & se liberos fatentur, sed se esse in potestate negant, transigitur hæc res cognitione prætoria, quæ duo ita traduntur in *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exh.* Unde relinquitur tertium, ut si plane se filios negent, præiudicio locus sit, quo a nobis petuntur. Sed & neganti aliquem suum filium esse aliquando actione opus est, ut declaretur id ita esse: ut eum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset tempestive se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim in re dubia partus pro filio habetur, & pro tali alendus est. Sic tamen ut placeat non ideo hunc filium eius, & suum heredem affici, & huic veritati locum superfore, ut cum id constiterit, non amplius eum alere cogatur. *L.* 1. §. *Iulianus*, §. *idem Iulianus, de agnosc. lib.* Quomodo ergo consequetur pater, ut talis hic declaretur? nempe iudicio, quo de ea re agatur adversus eum, qui filius dicitur. Non dubium ergo, quin & neganti detur actio in eam rem: ac quæ datur, ipsa itidem præiudicialis: utpote quæ habeat omnia, quæ præiudicio propria esse dicimus, de quibus paulo post. Hæc eadem actio vice mutua et qui filius dicitur, ultro agenti dabitur, sive se filium Lucii Titii esse intendat, sive neget. Si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præiudicialis actio est adversus patrem, qua petit, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur. Datur hæc actio matri pro filio. *L.* 3. §. 1. *D. de agnosc. lib.* multo magis ipsi filio competere quis dixerit. E converso si quis pro filio habitus neget se filium, eodem modo illi actio in eam rem danda est, quo datur ei qui neget se esse eius patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Sic datur præiudicialis actio ei, qui se servum neget, ne præstare cogatur, quæ sunt servi. Sic & qui se libertum negat, & ingenuum esse dicit, ne præstet, quæ sunt liberti. Cur non detur etiam ei, qui se filium alicuius esse negat, ne præstet, quæ sunt filii, ratio reddi non potest. Quæ si ita recte di-
stin-

Digitized by Google

stinguuntur, fiunt quatuor species, quas harum actionum recte numeremus. Melius tamen fortasse & aptius hæc ita distinguantur, ut actionum præiudicialium statuantur genera hæc tria. Unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus. Alterum de ingenuitate, in quo quæritur, libertus quis sit, an ingenuus. Tertium de familiæ potestate, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit. Huius autem generis species duæ. Una, qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro legitimo partu, & eo qui sit filius. Altera, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra unus se patrem negat, alter eum esse contendit.

VII. Dicuntur hæ actiones præiudiciales: item & uno verbo præiudicia. *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. si lib. ing. esse dic. L.* 3. §. 1. *D. de ag. lib.* 1. §. 1. *D. de rei vind. L. actionis, D. de obl. & act.* Cur ita vocentur, videndum est. Nomen quidem ex re ductum, quæ sit harum actionum propria. Sed quæ sit ea res, unde nomen, aut non intelligitur ab omnibus, aut non est explicatu ita expeditum. Præiudicium 3 est iudicium præcedens de re aliqua, ad sequentem aliquam caussam ita pertinens, ut priore illo iudicio de hac quoque sequente iudicium ante factum intelligatur. Sic enim fit, ut prius illud iudicium in sua caussa de qua actum & iudicatum est, dicatur absolute iudicium: in sequente autem ad quam etiam pertinet, dicatur præiudicium; quia ad hanc relatum sit iudicium præcedens; & tamen nihilominus in hac ipsa iudicium, quia & huic caussæ iudicium & finem adferat, quasi & de ea simul iudicatum sit.

VIII. Quid ergo, an actiones de statu superiores ideo dicuntur præiudiciales, quia aliis caussis sequentibus præiudicium adferunt? Sed hoc commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præiudiciales. Si ex caussa de inofficioso inter filium & heredem scriptum cognoverit iudex, & pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum; sententia non solum ius facit de hereditate inter litigatores, ut sit suus heres, secundum quem iudicatum est; sed & legatis & libertatibus præiudicium adfert, ut quasi de his quoque iudicatum sit, nihil eorum debeatur. *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* Nemo tamen actionem de inofficioso testamento præiudicialem esse dicit. Item si debitor sciente creditore egerit de proprietate pignoris, & victus sit, ea res creditori quandoque de eadem re agenti præiudicium facit. *L. sæpe*, vers. *scientibus, D. de re iud.* Neque tamen vindicatio debitoris dicitur actio præiudicialis. An potius dicuntur præiudiciales, quod alia quæstione instituta ea quæstio sustinenda est, donec de his actionibus iudicium fiat: ut sint præiudiciales, quia 4 earum iudicium præcedere debeat? Sed & hoc commune cum omni caussa maiore; cuius hæc conditio est, ut si de ea agi cœperit, ac deinde minor instituatur, a qua præiudicium maiori metuatur, semper sustineatur minor, & prius de maiore iudicium fieri oporteat. *L. per minorem, D. de iud. L. fundum. L. fundi. L. rei, D. exc. L.* 5. in fin. *D. de her. pet.* Non ideo tamen actio de re maiore inter actiones præiudiciales numeratur. Aliud igitur esse oportet, quod sit harum actionum proprium, unde & præter cæteras dicantur præiudiciales. Et res ita habet. Præiudiciales sunt superiores actiones de statu, non tantum quia aliis rebus præiudicium aliquando adferunt, sed quia huius ipsius præiudicii aliis rebus faciendi caussa instituuntur; & ut instituuntur, ita his præiudicium sine exceptione adferunt, id est, non tantum inter easdem personas, sed etiam inter alias omnes, inter quas de eodem statu quæstio postea inciderit: quorum utrumque in has solum actiones cadit: ut proinde finis præiudicii, & præiudicii potestas in his actionibus duæ sint notæ certæ, qua distinguantur a cæteris, unde & merito nomen proprium obtineant.

IX. Duæ ergo res sunt, ut de his distincte dicatur, & distinctæ demonstrentur facilius, quæ actiones istas vere & proprie præiudiciales faciunt: finis præiudicii his propositus, & præiudicii potestas iisdem attributa. Finis harum actionum hic proprius, quod cum sint de statu, non tamen propter statum solum instituuntur, alioqui inutiles futuræ: sed propter ea commoda aut incommoda, quæ

3) Vide auctores citatos *Lib.* 22. *Civil. Commentarior. C.* 8. *N.* 18.

4) Quomodo vult Ræv. 1. *de Præiudic.* 12. non inde dici quod in iis magnum præiudicium vertatur, nec quod aliis caussis præiudicent, nec quod per illas impediatur, ne præiudicium feratur, sed quod prius, quam caussæ ad quas pertinent, per datum iudicem expediantur. Sic esse in manuscripto libri vetustissimi *de verbis iuris:* Præiudiciales dicuntur, quæ in modum exceptionis opponuntur, & ante primam quæstionem de necessitate terminantur. Quæ credibile est, ait Rævardus, ex Iurisconsultorum aliquibus reliquiis esse.

quæ ex statu nascuntur; ut scilicet caussis controversiisque omnibus de eo genere quandoque incidentibus, iam nunc in hoc iudicio præiudicium adferant; id est, ut pro eo, ac de statu iudicatum erit, ita commoda & incommoda ei statul adiuncta sequantur, quasi eadem opera & de his iudicium factum esset. Quod ut intelligatur, sciendum est multa esse, quæ statu constituto, de quo superioribus actionibus agitur, per caussam eius status præstari aut non præstari oporteat. In servitutem petitur aliquis. Servitutis hæc sunt incommoda præter alia multa. Præstabit servus domino operas velit nolit, & eas quascunque dominus imperabit: alioqui coercendi ius est. Bona præterea omnia, & quidquid per servum acquiritur, in domini potestate, iure ei quæsita. *§. 1. Inst. de his qui sunt sui vel al. iur.* Agitur cum aliquo tanquam cum liberto. Liberti hæc onera sunt. Honorem & reverentiam patrono debet; ex quo illa, ne quam actionem famosam adversus patronum instituat, aut adeo quæ doli vel fraudis habeat mentionem. *L. 2. L. parens. L. licet, D. de obs. a par.* ne patronum in ius vocet sine venia prætoris, *L. 4. D. de in ius voc.* Debet & libertus patrono operas, quæ pro beneficio manumissionis erunt impositæ. *L. operis, D. de op. lib. L. si non fortem, §. libertus, D. de cond. ind.* Successio præterea libertorum patrono edictis prætorum delata est. *Inst. de bo. lib.* Agitur de eo, an quis sit filius, necne. Patris hæc iura sunt; honorem & reverentiam patri filius debet. *d. L. 2. parens, D. de obs.* Si quid filio qui in potestate est, obvenit a patre, id patri acquiritur; si aliunde, ususfructus est patris. *§. 1. Inst. per quas pers. no. acq.* Sed patrem & filius alere debet. *L. si quis a liberis, D. de ag. lib.* Vicissim hæc filii sunt commoda. In primis filium alere debet pater. *d. L. si quis a*, in princ. & *§. si vel parens. L. ult. § ipsum autem, C. de bon. quæ. lib.* Ius item agnationis patri & filio cum invicem, tum cum aliis, qui eiusdem sanguinis sunt, constitutum, ex quo & hereditatum inter ipsos perceptio. Hoc ergo dicimus quæcunque actiones præiudiciales vel de servitute, vel de libertinitate, vel de familia, si per se spectantur, esse agenti inutiles, etiamsi maxime secundum actorem pronuntietur, & consequatur is de statu, quod petit. Nam qui aliquem servum suum esse intendit, libertum suum, aut filium, is nihil aliud petit, quam ut is cum quo agit, talis pronuntietur; nec aliæ sunt partes iudicis, quam ut talem pronuntiet. *L. Divi, § 1. D. de lib. cau. L. circa, D. de prob. L. 1. §. ult. D. de agnosc. lib.* Esto, iudex talem esse pronuntiet: quid inde consequitur actor, si hic consistitur? nihil amplius, quam ante. Quod non idem fit in aliis actionibus: in quibus ita agitur, ut petamus aliquid nobis dari, fieri, restitui: quod & ipsum sententia iudicis consequimur, adversario in unum aliquod ex his, prout petitum est, condemnato. Nulla illarum rerum petitio est in actione præiudiciali: ac propterea nulla etiam eiusmodi condemnatio iudicis.

X. Et hoc est, quod Theophilus præiudicialem actionem esse definit *hoc loco*, formulam intentione sola contitentem, quæ condemnationem non habeat. Recte Theophilus: necesse est enim, ubi non petatur ab adversario, ut aliquid præstet, ibi nullam esse adversarii condemnationem; quoniam sententia iudicis non debet excedere id, quod in iudicium deductum est *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus. D. com. divi.* Habet quidem præiudicium sententiam & pronuntiationem iudicis de statu: sed non condemnationem in id, ut quid detur, aut fiat ab adversario. Quod cum ita sit, inutilis est, ut dixi, agenti præiudicialis actio, si intra statum consistitur, ac non instituitur actio alterius rei caussa. Quorsum ergo actio, aut quæ utilitas horum iudiciorum? Nempe hæc, ut actor statu illo adversarii sententia iudicis constituto, consequatur ea, quæ sunt domini, quæ patroni, quæ patris: ac ne frustra egerit, ut hoc iudicium ad ea deinceps obtinenda ei prosit. Apparet igitur, si qua hic utilitas est, institui has actiones cum propter eas res quæ sequuntur, tum vero præiudicii de his rebus faciendi caussa, ut quandocunque de his rebus controversia inciderit, intelligatur de his iam nunc iudicium factum esse. Quod si hic horum iudiciorum finis est, & is eorum iudiciorum proprius, perspicuum est ex hoc fine recte præiudiciales appellari, similiter ut pœnales vocamus, quæ pœnæ persequendæ caussa rei persecutotias, quæ rei persequendæ instituuntur.

XI. Atque ut hic finis est harum actionum, ut controversiis rerum ex eo statu pendentium præiudicium adferant; ita vere hoc illis inest, ut adferant; ut non magis his insit finis præiudicii aliis caussis faciendi, quam huius præiudicii vis & potestas. Sic, inquam, est actionum præiudicialium vis & potestas, ut in omnibus quæstionibus, quæ per caussam status na-

sci

ſci poſſunt, (quæ quales ſint in ſingulis generihus, ſupra diximus) præiudicium, ſeu ius faciant, id eſt, quaſi de iis quoque iudicatum ſit, ſic litem omnem quæ poſtea de his incidet, dirimant: Idque non ut in aliis actionibus inter eaſdem perſonas, ſed inter omnes etiam maxime extraneas. Exemplo ſit actio de partu agnoſcendo, quando de hac ſpecie hoc quod dico, apertius traditum eſt, quam in aliis eiuſdem generis. De ea ergo ita ſcriptum eſt in *L.* 1. §. *ult.* *L.* 2. *L.* 3. in pr. *D.* de agnoſc. lib. *Plane ſi denuntiante muliere negaverit maritus ex ſe prægnantem, tametſi cuſtodes non miſerit, non evitabit, quo minus quæratur, an ex eo mulier prægnans ſit, necne: quæ cauſſa ſi fuerit acta apud iudicem, & pronuntiaverit cum de hoc agetur, quod ex eo prægnans fuerit; in ea cauſſa eſt, ut agnoſci debeat (ſive filius non fuit, ſive fuit) quaſi ſuus in omnibus cauſſis. Quare & fratribus ſuis conſanguineus erit. Sive contra pronuntiaverit, non erit ſuus, quamvis ſuus fuerit, placet enim eius rei iudicem ius facere.* Idem ergo eveniet, etsi inter patrem & filium præiudicium redditum sit, & index eum qui filius dicitur, aut filium eſſe Lucii Titii pronuntiaverit, aut contra filium non eſſe. Quo exemplo idem & in actione de libertinitate intelligemus. Finge ita: inter patronum & libertum iudicio actum eſt, quod patronus diceret illum libertum ſuum eſſe. Iudex libertum eſſe pronuntiavit: nec quidquam amplius tum patronus conſecutus eſt. Poſt patronus obſequium desiderat, petit operas, poſtulat ne adverſus ſe famoſa actio intendatur, neve in ius vocetur, quibus de cauſſis ab initio præiudicium reddi ſolet. *L. ult. D. ſi lib. ing. eſſe dic.* Quanvis ille ſe nunc libertum neget, nihil tamen nunc novo iudicio opus eſt ad eam rem. Iam enim ante de eo iudicium factum eſt, cum hic pronuntiatus eſt libertus: quoniam hoc conſtituto, & hæc quæ dixi, & alia pleraque conſequantur. Sed hoc inter eaſdem perſonas ſtatui, ius cum aliis rebus iudicatis commune eſt. *L.* 3. *D. de exc. rei iud.* Nos dicimus amplius, si liberto mortuo quæratur de eius ſucceſſione inter patronum & cognatos liberti, quorum hi cognatum ſuum ingenuum fuiſſe dicant, hic fuiſſe libertum, & tanquam patroni iure hereditatem vindicet: ſententiam priorem ad hanc quoque cauſſam pertinere; ut quanvis eadem quæſtio revocetur inter alias perſonas, & dici ſoleat res inter alios actas & iudicatas aliis non præiudicare: *L. ſæpe, D. de re iud. L.* 1. *D. de exc. rei iud.* tamen in præiudicio ſecus sit, & illud iudicium de ſtatu factum legitimo contradictore rem agente, ius de eo faciat inter alias quoque perſonas, inter quas quandoque quæretur, libertus is quem dicimus, fuerit, necne. Idemque eveniet e converſo pro eo qui libertus dicebatur, si pronuntiatus fuerit ingenuus, idque factum sit iuſto contradictore, id eſt, eo qui ſe patronum dicebat sine colluſione. *L. Divi*, §. 1. *D. de lib. cauſ. L. cum non iuſto. L. ult. D. de colluſ. deteg.* Idque eſt, quod dicitur in *L. pen. D. de ſtat. hom.* ingenuum accipiendum eſſe etiam eum, de quo ſententia lata eſt, quanvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipiatur. Hoc sic accipe, quia res de eo iudicata: nam ſi de omni ſententia hoc diceretur, nihil erat, cur ſuperius illud diceretur potius de ingenuitate, quam de alia quavis conditione; de qua iudicatum eſſet. Nunc autem proprium aliquid intelligi voluit Ulpianus de ingenuitate: hoc autem eſt, ut res de eo iudicata in totum pro veritate habeatur; id eſt; hanc vim habeat, ut habeatur pro ingenuo, qui ingenuus pronuntiatus eſt, etſi ab aliis, quam cum quibus res acta eſt, fiat ei ingenuitatis controverſia: exemplo eius, qui filius pronuntiatus eſt, aut non eſſe filius. *d. L.* 1. §. *ult.* & ſeqq. *de agnoſc. lib.* Quod cum non item ius sit in aliis actionibus, *d. L. ſæpe, D. de re iud.* apparet hac quoque parte ius ſtatui proprium actionum præiudicialium; ex quo eodem rectiſſime & ipſæ præter cæteras dicantur præiudiciales.

XII. Hoc genus actionum in rem eſſe videri ait Iuſtinianus. Recte videri, non eſſe. Nam proprie in rem non ſunt, quia in his non eſt res quæ reſtitui debeat, aut de qua reſtituenda ſententia feratur, ut ſupra dixi: quod tamen contra fit in omnibus in rem actionibus, quæ proprie tales ſunt. *L. officium. L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. ſi fundus*, §. *in vindicatione, D. de pig.* In rem tamen videntur eſſe, quia his actionibus omnibus qui agit, ſuum aliquid petit, dominus ſervum ſuum in ſervitutem: is qui ſervus dicitur libertatem ſibi aſſerit: patronus ius patronatus: is qui libertus dicitur, contra ſibi vindicat ingenuitatem. In quæſtione de familia pater ſuum filium velut petit: filius ſe illius filium eſſe contendit; & ita ille ius patris, hic ius filii ſe habere. In rem igitur hactenus, cum in rem dicamus eas, quibus

rem nostram, aut ad ius nostrum pertinentem petimus, ut docuimus ad §. 1. *supra eod. tit.* Et ut actio in rem adversus possessorem est; *L. actionum, D. de obl. & act.* sic & præiudiciales actiones adversus eum, qui eius rei quam hic velut nostram dicimus, nobis controversiam facit, eoque eam quasi tenet, possidet, ut in servitutibus fieri diximus ad §. *æque, supra eod.*

XIII. Superest, videamus, ex superioribus generibus actionum quas legitimam caussam habere, & cur habere dicat, quas ex prætoris iurisdictione substantiam capere. Ait igitur; *ex quibus fere una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit.* Non dicit actionem hanc legitimam esse, sed habere caussam legitimam. Quæ ergo ista caussa est hic agendi legitima potius, quam in cæteris? Hæc videlicet, quod in hoc genere proprie rem nostram petimus, eamque nobis asserimus. Rem enim dominii sui vindicat, qui servum petit in servitutem. Et vice versa is qui servus dicitur, etsi in libertatem proclamat, rem tamen suam petere quodammodo videtur, dum se quasi sibi vindicat; certe se suum esse dicit: sic enim de manumisso loquitur Persius *sat. 5.*

Vindicta postquam meus a prætore recessi.

Porro constat civilem esse hanc caussam in rem agendi, si quis dominium suum vindicet. §. *namque, supra eod.* Non eadem intentio est in cæteris actionibus, in quibus scilicet quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus; filius sit, an non sit. Nam nec libertus, nec filius sunt dominii nostri, ut maxime libertum nostrum, aut filium esse constiterit. Et ut pronuntiati sint, ille ingenuus, hic non esse filius; non tamen eo magis se ipsos sibi adepti videantur; cum etsi liberti sint, aut filii, nihilominus sui sint, id est, liberi. Caussa igitur hæc omnis præiudicio agendi non civilis, sed prætoria: ut merito a prætore introductæ hæ actiones videri debeant. Sed cur illam actionem, in qua quæritur, an quis liber sit, cum legitimam caussam habere dixit, addidit, *fere:* cum illius solius videatur esse propria ea caussa, quam diximus? Videri potest additum propter actionem, quæ est de partu agnoscendo: quæ etsi non dissimilem caussam habet, ab iis, in quibus quæritur, filius aliquis sit, an non sit, libertus sit, necne: tamen mulieri ad præiudicium pro partu faciendum prodita videtur ex senatusconsultis, ut coniicere licet ex *L. 1. in princ. & L. 3. §. 1. D. agnosc. lib.* Proinde ex iure civili proficisci; quia huius iuris pars sunt senatusconsulta, *L. ius autem, D. de iust. & iur.*

Sic

Sic itaque.

§. XIV.

Scopus huius §. & summa I.
Formula vetus actionis in personam, ex formula indicatur actio. II. V.
Dandi verbum. III.
Quod nostrum est, cur non possit magis nostrum fieri. IV.
Actiones, interdicta ex initiis verborum edicti, aut formulæ appellata. V.
Condictio adversus furem de re nostra; & an recte constituta, & quid plus habeat condictio, quam vindicatio. VI.
Magis teneri furem pluribus actionibus quomodo accipiendum. VII.
Condici rem posse non solum furi, sed etiam cuivis malæ fidei possessori. VIII.

Sic itaque discretis actionibus: certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si apparet eum dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Nec res quæ iam actoris est, magis eius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, si appareat eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

I. UT circa divisionem actionum in rem, & in personam, occurrebat ante de generibus illis dubitatio, quam superiore §. diluit; ita divisione superiore & membris superioribus duobus bene constitutis, consequens fuit, ut de vi divisionis admoneret, tum de nominibus ipsorum generum, si quid forte in his cavendum, aut animadvertendum videretur, quod ad certiorem eius divisionis cognitionem faceret: quod & nunc facit. Ac monet hoc loco, quod ad vim eius pertineat; de nominibus dicit *sequenti* §. Vis divisionis hæc est, ut quoniam diximus actiones in rem esse, quibus rem nostram petimus; in personam, quibus petimus, quod nobis debetur ex obligatione, sive quod nobis ex obligatione dari fieri oportet: hinc intelligamus de eadem re utramque hanc actionem non competere, ut vel rem nostram actione in personam, vel rem nobis debitam actione in rem petere liceat. Contraria enim sunt, quod nostrum est, & quod nobis debetur, seu dari oportet: eum id dari oporteat, quod nondum nostrum est, sed alienum, ut hic explicat. Non fuisset admodum necesse de eo nos moneri, si esset perpetuum: cum ex divisione ipsa & definitionibus generum traditis in §. 1. satis intelligeretur. Nunc quia non est perpetuum, ideo hoc ipsum hoc loco attingendum fuit, ne quis ex hac discretione esset error. Quod & ipsum nunc agitur. Significat igitur in summa, ita discretis actionibus, ut supra factum est, hinc constare, rem nobis ex obligatione debitam sic actione in personam peti posse, ut non possit actione in rem: eum quod nobis dari oportet, nostrum non fit; actio autem in rem nulli detur, nisi ei qui suum petat. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Id autem esse perpetuum: quod ea re declarat, quod hac parte nihil exceipit; imo hanc partem ne attingit quidem. At si de re nostra ageretur, hic vero aperte scribit in eo quidem genere regulariter ius idem valere, ut quæ res actione in rem peti potest, non possit etiam peti actione in personam: sed tamen non semper ita esse: in rebus enim furtivis & mala fide possessis locum non habere, de quibus adversus furem & malæ fidei possessorem utraque sit actio domino, & in rem, & in personam. Propter quam exceptionem necesse habuit solum de re nostra dicere, & ante exceptionem præmittere defini-

finitiouem conſequeutem ſuperiori actionum diſcretioui, ut ex regula ad exceptionem perveniret.

II. Ait, *non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere, ſi apparet eum dare oportere*: Id eſt, uon poſſe rem ſuam petere actione in perſonam, ſeu formula & intentioue actioni in perſonam convenienter: fuit enim hæc formula iudieii & actionis in perſonam propria, ſi paret illum dare facere oportere, ut indicat §. 1. *ſupra eod. infra de exc.* in pr. & §. *præterea.* Quæ oratio perfecta non eſt, deſunt hæc verba, *iudex condemnato*, ut Theophilus hic ſcripſit. Ita ex formula actionis actionem ipſam intelligimus. Nam quod iuter eruditos iam conſtat, ſic fuit olim mos iudiciorum apud Romanos, ut prætores uon ſolerent iudicare ipſi, ſed litigatores ad iudicem quem darent, remittere, & una ipſis iudicium dare, id eſt, formulam iudicii, quam iudex in iudicando ſequeretur: & ſimul ea formula iudieem deſignabant. Fuit autem in actionibus in perſonam hæc iudicii formula, Si paret Lucium Titium ex mutui cauſſa Sempronio decem dare oportere, Gallus Aquilius iudex eſto, Gallus Aquilius eondemnato. Cuius moris teſtimonia diligenter collecta ſunt a Duareno ad *L. 7. §. 1. D. de pact.* Teſtis Theophilus hoc loco. Exempla paſſim obvia apud Ciceronem in Verrem oratione quiuta. Dieebant autem veteres, ſi paret: & paret pro parebit præſens pro futuro, ut eſt apud Nonium.

III. *Scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Id eſt, quia dare eſt dominium transferre. *L. ubi, §. ult. D. de verb. ob.* Quod ſic intelligeudum eſt, niſi ex adiuncto mutetur ſignificatio, ut ſit dare pro tradere: ut eum dicimus pignus datum pro tradito. *L. 1. C. de non nu. pec.* Dare rem pignori, commodato, & ſimilia ex ſimilibus cauſſis, ex quibus nequaquam dominium transfertur: quæ paſſim oeeurrent. Quod ſi nulla eiuſmodi adiectio eſt, quæ ſignificationem tradendi habeat, ut cum ſimpliciter ſtipulamur rem dari, ibi valet, quod de ſignificatione verbi hic traditur, ut ſit dare, dominium rei transferre.

IV. *Nec res quæ iam actoris eſt, magis eius fieri poteſt.* Quippe dominium unum eſt. Quare id quiſpiam adeptus, aliud uon deſiderat: ae nee poteſt, quia aliud nullum eſt. Sed nec magis res eius fieri poteſt, niſi fit alius, qui dominium amplius transferat. Atqui ſi quis eoepit eſſe dominus rei, alius non eſt dominus: duo enim domini eiuſdem rei in ſolidum eſſe non poſſunt. *L. 5. §. ult.* in fi. *D. commod.* Neque vero qui dominus non eſt, dominium transferre potuit. *L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus, D. de reg. iur.*

V. *Plane odio furum.* Exeeptio eſt ſuperioris definitionis; interdum & rem noſtram peti poſſe actione in perſonam: receptum hoc eſſe in re furtiva adverſus furem. Id significat, cum ait rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneri, ſi appareat eos dare oportere: hoc enim perinde eſt, quaſi dixiſſet, hac actione, quæ in perſonam eſt; ex formula actionem indicans more veterum, qui ex initiis aut edictorum, aut actionum, & maxime interdictorum, ipſas actioues, & interdicta notare conſueverunt. Unde actio, Quod metus cauſſa, quia initium edicti his verbis. Quod metus cauſſa geſtum erit. *L. 1. D. quod met. cau.* Actio ſi certum petetur, pro condictione certi, ex primis verbis edicti, quo hæc condictio proponebatur, *L. 1. D. de cond. tri.* Sed hæc ex initiis edicti. Ex initiis formulæ & conceptionis actiones deſignari ſolitas tot fere argumenta ſunt, quot ſunt interdicta. (nam & interdicta ſunt actiones. *L. actionis, D. de obl. & act.*) Hine enim illæ appellationes; interdictum quorum bonorum; quod legatorum; uude vi; uti poſſidetis, & ſimilia: quia ſeilicet omnium ſuperiorum interdictorum prima verba hæc erant, Cuius generis plane eſt hæc appellatio, cum nominatur actio, ſi paret illum dare oportere, ut ſit actio in perſonam: quoniam initium veteris formulæ in hac actione eiuſmodi initium haberet, ut ſupra dixi.

VI. Ius ergo ita eſt, etiam rem noſtram quæ nobis furto ablata eſt, repetere nos poſſe a fure non ſolum actione in rem; ſed etiam actione in perſonam, ut intendamus eam rem nobis dari oportere: quæ intentio eſt huius actionis. *de interd.* in pr. *infra* §. 1. *ſupra eod.* Eum quidem cuius res furto ſublata eſt, de re ipſa furtiva habere vindicationem, id eſt, in rem actionem, ac propter hanc etiam actionem ad exhibendum conſtat: ſed habet una etiam & condictionem, id eſt, actionem in perſonam, quam dixi, ut traditur in *L. ſi pro fure, §. 1. D. de condict. fur. §. ult. ſupra de obl. quæ ex del. & hic.* Sed huic condictioni & actioni in perſonam de re noſtra furtiva duo videntur adverſari: natura rei primum, deinde iuris ratio. Natura rei hæc eſt, ut quoniam res noſtra eſt, iam amplius noſtra fieri

non

Digitized by Google

non possit, eoque nec dari. At actione in personam hoc ipsum intendit actor dari sibi oportere. §. 1. *supra eod.* Contra naturam igitur rei, ut illo modo agatur, Iuris ratio facit, ut nulla detur actio, quæ sit supervacua & agenti inutilis. At hæc eiusmodi est: nam cui bono actionem in personam adversus furem dari, cum ad rem recuperandam in rem actio sufficiat? De quibus sit hoc responsum. Primum verum esse, non posse fieri omnino, ut quod nostrum est, quatenus nostrum est, amplius nostrum fiat, ut supra ostendi. Sed cum res furtiva vere sit nostra, fingi debet odio furum in furem esse translata. Ita etiam fiet, ut procedat intentio. Quod autem domino rei de re furtiva vindicatio competit, non ideo actionem in personam de eadem re adiici est inutile. Actio enim in personam adversus furem est plenior. Habet autem duas utilitates, ad quas actio in rem non pervenit. Nam primum si adversus furem condictionem dederimus; re amissa aut perempta quanvis casu, nullo dolo malo furis, nihilominus is perpetuo tenebitur condictione, ut & tenetur. Non enim potest obligatione, ac per obligationem actione in personam liberari re perempta, qui prius in ea re moram fecit; fur autem in re furtiva perpetuo moram facere intelligitur. *L. in re*, in pr. & §. 1. *L. ult. D. de cond. fur.* At non item tenetur vindicatione, qui rem sine dolo malo possidere desiit. *L. qui petitorio, D. de rei vind.* Nam quod dicitur in *L. item si, §. ult. D. de rei vind.* si res possessa post moram possessoris perierit, quanvis sine dolo malo & alia culpa eius, tamen possessorem teneri, ut pretium præstet; nominatim de servo & alio animali petito scriptum est, id est, de re petita, quæ post litem contestatam periit. Ita est; etiam in vindicatione post litem contestatam mora possessoris perpetuat vindicationem; quia quovis iudicio contrahitur. *L. 3. §. idem scribit, D. de pec.* ut proinde obligatio eo iudicio contracta incipiat exinde ad regulam veterem pertinere, Culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, D. de verb. ob.* Lite autem nondum contestata, & nondum instituta vindicatione, quo tempore quæritur, an adversus aliquem competat; sciamus hanc non competere adversus eum, qui sine dolo malo possidere desiit, ut maxime ei possit obiici culpa, quod rem aliquando non restituerit. Habet & condictio, seu actio in personam, quæ rei persecutionem continet, hanc utilitatem, ut detur & ipsa in heredem; quod & in condictione furtiva receptum est, *L. si pro fure, §. ult. D. de cond. fur.* Non sic in rem actio, quæ quoniam non datur, nisi adversus eum qui possidet, aut dolo malo desiit possidere; ideo nec datur in heredem, nisi quatenus horum alterum in eo intervenerit: quæ res facit, ut iam non detur ut in heredem, sed ut adversus possessorem; nisi tamen possessor iudicio conventus post litem contestatam decesserit; quia & iam tunc obligatio contracta sit, ut dixi, in quam & heres succedit. *L. si in rem, §§. L. cum autem*, seq. *D. de re rei vind.* In utilitate huius actionis non recte ponemus opinor, infamiam. Nam primum cessat infamia in condictionibus, quanvis ex famosis caussis prodeant, ut traditur in *L. cessat, D. de obl. & act.* Et quod dicitur in *L. non poterit, D. de fur.* fieri non posse, ut furti damnatum non sequatur infamia, ad furti actionem pertinet, de qua cautum est edicto de infamibus. *L. 1. L. athletas* in fin. *L. furti, D. de his qui not. inf.* Hanc vero multum distare constat a condictione furtiva. Illa pœnam petit legitimam dupli aut quadrupli: hæc rem ipsam, ut est in *L. si pro fure. §. 1. D. de cond. fur.* Tum autem ut forte condictio furtiva sit famosa (esto enim, re ipsa & opinione hominum non effugiat infamiæ notam, ut Accursius scribit ex *L. 2. D. de obs. a lib.*) tamen ea res noceat fortasse furi; domino certe non prodest, ut cuius non intersit reum infamem haberi. Non nego dici posse odium furum in eo esse, ut ignominiosa actione teneantur. At ut magis teneantur hoc modo, quod Iustinianus scribit, non recte, ut arbitror, dicetur. Sed sive hanc utilitatem condictionis haberi placet, sive non haberi, illæ semper manent, quas ante posui. Datur ergo & condictio, seu in personam actio adversus furem utiliter etiam de re nostra, quamvis adversus eum de ea re vindicatio competat. Datur tamen præter naturam rei, & regulam communem iuris; ac propterea iure singulari, non communi.

VII. Idque odio furum, quo pluribus actionibus magis teneantur, ut hic scriptum est: ubi *magis teneri eos* addita condictione sic intelligemus, non ut teneantur magis ob hanc solam caussam, quia plures hic actiones sint numero; sed quia vi & potestate huius condictionis magis, id est, fortius & efficacius teneantur, quam si sola esset vindicatio. Nam ut numerum hic tantum spectemus, non ideo

Digitized by Google

ideo dici possit quis magis teneri, quia adversus eum plures sint de eadem re actiones. Sic enim sunt actiones istæ plures, ut non possit agi nisi una, & cum ex una reus solverit, confestim liberetur, aut ipso iure, aut per exceptionem, iuxta regulam iuris, bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides non, D. de reg. iur. L. qui servum*, in prin. & *§. 1. D. de obl. & act.* quod & in re furtiva innuitur in *L. si pro fure, §. 1. de cond. fur.*

VIII. De fure tantum hic scriptum est, teneri eum de re furtiva non solum actione in rem, per quam rem nostram petimus, sed etiam actione in personam, qua intendimus nobis dari oportere. Sed intelligendum est, ius pertinere etiam ad alios malæ fidei possessores non tantum mobilium rerum, sed etiam immobilium, ut traditur in *§. si tamen, Inst. de rer. di.* & *L. 1.* in fin. *L. 2. D. de cond. tri.* dum tamen in rebus immobilibus servetur distinctio *d. L. 2. de condict. trit.* ut si quis fundi possessionem amiserit iniuria, fundum ipsum condicere possit, si dominus est: si non est dominus, solam possessionem. Ut recte in universum dicturi simus neminem rem suam condicere posse, præterquam a fure aut malæ fidei possessore: quod & vulgo receptum est. Nam quod legitur in *L. ult. D. usuf. quemadm. caveat.* proditum esse neminem rem suam nisi furi condicere posse; aut de fure exempli caussa dictum est, aut ad speciem illic propositam referri debet: ut sit sensus, neminem rem suam talem, qualis proponebatur, condicere posse, nisi furi, id est, rem mobilem: nam de mobili agebatur. Verum est autem, neminem rem suam mobilem nisi furi condicere posse: quia qualis qualis sit possessor rei alienæ mobilis, si mala fide possidet, semper quia rem invito domino contrectat, furtum facit, *§. furtivæ*, in fin. *supra de usuc.*

Appel-

Appellamus.

§. XV.

Nomina actionum nota esse cui bone. I.
Actio in rem omnis etiam de rebus alienis, vindicatio; ut omnis in personam condictio. II.
Vindicandi verbum unde. III.
Vindicare quid, & cur in rem actio, vindicatio. IV.
Condicere quid, & cur actio in personam, condictio. V.
Dicere diem. VI.
Condictio & denuntiatio vetus usurpata etiam in actionibus in rem: cur ergo proprie dicta de actionibus in personam? VII.
Condictio nunc abusive in rem actio, & cur. VIII.

Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

I. HActenus in superiore divisione actionum in rem, & in personam, de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus horum generum, ut si quando nomina in legibus, constitutionibus, & aliis scriptis veterum occurrent, ut passim, intelligamus, quæ species ex superioribus nominentur, ad quas deinde & definitiones superiores, & ius de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus autem*, inquit, *in rem actiones, vindicationes; in personam vero, condictiones*. Eadem sententia Ulpianus in *L. actionum*, *D.* de obl. & act. *Actionum duo genera sunt*, inquit, *in rem, quæ dicitur vindicatio: & in personam, quæ condictio appellatur*.

II. Generaliter hoc, & ad omnes species utriusque generis ex æquo pertinet. Ut enim omnis actio in personam dicitur condictio: sic & vindicatio omnis, quæ in rem est, id est, non illa tantum qua rem nostram petimus; sed & omnes in rem prætoriæ, quæ sunt de rebus alienis. Unde & vindicatio pignoris dicta hypothecaria actio, qua pignus petimus; quia in rem est. *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig.* Et hunc quidem usum iuris esse in his appellationibus, non dubitatur.

III. De ratione nominum dubitatur. Quid enim habet vindicationis aut condictionis verbum, quo aut vindicatione significetur actio in rem; aut condictione in personam actio? Neque hæc quæstio hic negligi debuit. Scimus enim etiam in iure, idque etiam Iustiniani præceptum est, nomina rebus debere esse consequentia. *§. sed nos plenissimo, supra de donat.* Atque adeo ipse idem hoc loco cur actio in personam diceretur condictio, rationem exposuit: sed eam quæ adhuc explicationis egeat: de vindicationis autem verbo nihil dixit. Dicam paucis, ac primum de vindicando. Mitto verbi originem, ut remotiorem a memoria nostra, & de qua a veteribus nihil traditum legimus. Quam tamen si quis requirit, probabile admodum est, quod Hotomanus noster sibi videri hic scripsit, vindico compositum verbum esse a vim & dico, ut vindicare sit vim dicere ac velut denunciare iis, qui ius nostrum in re aliqua impediunt. Vim tamen legitimam, qualis olim usurpabatur iure in iudiciis de rebus nostris, quam Cicero in oratione pro Cæcinna vocat quotidianam, A. Gellius festucariam. Sed quia & de hac ambigi potest, propter vindictæ verbum, quo etiam significatur ultio; non urgebo, quod est incertius, & ad id, de quo nunc quæritur, non est necesse.

IV. Summam de significatione id quod constat, vindicare rem aliquam esse rem asserere: ut vindicare in libertatem, asse-

 rere

Digitized by Google

rere in libertatem. *L. de bonis, D. de lib. cau.* Est autem asserere, id quod alicuius est, in quo tenendo is ab alio controversiam patitur, ad ius potestatemque eius revocare: efficere, ut sicut proprie res alicuius est, ita eius esse iudicetur, eique eam sine cuiusquam interpellatione liceat tenere. Idem valet & vindicare. Unde libertatis vindex, id est, assertor, qui libertatem prope amissam in suum locum restituit, firmavitque. Cicero in epistola ad Octavium: *repente exstitisti tu vindex libertatis nostræ.* Idem lib. 3. de legibus: *tabellam sumat vindicem libertatis.* Et vindex pro defensore apud eundem in Topicis; *assiduo assiduus vindex esto:* id est, locuples locupleti defensor esto; idipsum quod nostri dicunt, neminem defensorem alterius idoneum esse sine satisdatione. *L. qui proprio, §. qui alium, D. de proc.* Satisdat enim, qui fideiussorem locupletem dat pro rei qualitate; qualis fideiussor hic exigitur. *L. 1. D. in ius voc. ut eant. L. 2. D. qui sat. cog.* Atqui eiusmodi assertio est rei in actione in rem. Huc enim spectat qui agit, ut dominium rei suæ, aut ius possessionemve quam habet in re, sibi asserat, id est, sibi constabiliat, & firmet; quod & re restituta consequitur: eaque restitutio propria est hujus actionis. Unde merito qui ita agit, etiam sibi vindicare dicitur, & actio, vindicatio.

V. De condictionis verbo hic scribit Iustinianus dictam condictionem a condicendo; quia condicere prisca lingua sit denuntiare. Sane non prisca lingua tantum, sed & postea latinis usitata, de iis quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque, ut fiant; ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui certo die ut adsit, & vice versa te adfuturum promittere. Sed quid hoc ad rem, ut propterea nominari debuerit actio in personam a condicendo, & denuntiando? Quæ enim est illa denuntiatio, a qua tanquam actionis propria actio designari potuerit? Explicat Theophilus. *Nam qui olim*, inquit, *cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei, ut hoc aut illo die ad iudicium accipiendum, aut litem persequendam adesset.* Ne defugiamus auctoritatem, eandem sententiam Festus lib. 3. definit condictionem ex usu veterum: *condictio*, inquit, *est in diem certum eius rei, quæ agitur, denuntiatio.* Sed utrumque usque adhuc vel obscurius, vel incertius: nam neque unius denuntiatio significat condictionem, nec quomodo ea denuntiatio interveniret, aut quid ad iudicium pertineret, satis intelligitur. Quantum ergo ex iis vestigiis, quæ de more veterum in hac re in Pandectis nobis relicta sunt, persequendo consequi possumus, res huic verbo convenientissime ita transigebatur. Initium instituendæ actionis cuiusque fuit ab ea parte, ut quis in ius utiliter vocaretur. *§. ult. infra de pœn. tem. lit.* Si quis in ius vocatus esset, nisi satisdaret se postea certo die iudicio stiturum, cogebatur ire in ius, & quidem ita, ut nisi iret sponte, duci posset. *tit. D. in ius voc. ut eant, vel satis vel cau. dent.* Satisdando efficiebat, ut differretur hic in certum diem, in quem caveret reus se judicio stiturum. Itaque vocatio satisdanti in hunc diem erat. Eum diem actor dicebat, id est, denuntiabat reo.

VI. Cum autem more fieret, ut rei vocati fere semper satisdarent, aut caverent iudicio sistendi caussa, eveniebat, ut initium instituendæ actionis proficisceretur ab hac diei dictione, quæ pro iusta in ius vocatione cederet. Unde factum, ut apud veteres toties legamus diem dicere alicui, pro denuntiare alicui diem, quo ad iudicium adsit, ut sit cum eo experiundi copia; & breviter pro litem intendere alicui: quia hinc nasceretur litis initium. Plautus in Captivis *act. 3. sce. 1.*

> *Nunc barbarica lege certum est ius meum omne persequi.*
> *Qui consilium iniere, quo nos victu & vita prohibeant.*
> *His diem dicam, irrogabo mulctam, ut mihi cœnas decem*
> *Meo arbitratu dent . . . .*

Idem in Asinaria *act. 5. sce. 1.*

> *Putem ego, quem videam æque esse mæstum, ut quasi dies si dicta sit?*

Sed ita hunc dicebat actor, ut simul reus eundem diceret; ille denuntiando, quo die vellet reum se sistere iudicio; reus contra denuntiando se eo die adfuturum. Idque est, quod legimus in *L. de die, D. Qui sat. cog.* de die ponendo in stipulatione (iudicio sisti) solere inter litigatores convenire: si non conveniat, diem esse in potestate actoris; ut hunc reus sequi debeat, moderato tamen spatio de hoc a iudice statuendo. Hinc ergo recte actio non dictio, quæ unius esset; sed condictio, quæ esset duorum, ubi scilicet ambo litigatores diem in commune dicerent, quo die sisteretur, & iudicio agi

Digitized by Google

agi inciperet: nam condicere valet simul dicere, ut & Festus ibidem interpretatur. Sed cum omnium actionum etiam in rem initium proficiscatur ab in ius vocando, *d. §. ult. infra de pœ. tem. lit.* eadem omnino necessitas veniendi etiam in actione in rem imposita fuit in ius vocato, nisi satisdedisset in certum diem se stiturum indicio.

VII. Ergo & in hoc genere actionis dicebatur, condicebaturque is dies, quo die iudicio ageretur: eoque & communis omnium actionum tam in rem, quam in personam ista diei mutua denuntiatio, atque condictio. Cur igitur hoc verbum dictum potius de actione in personam, quam de actione in rem, quod ex æquo ad utramque pertineret? Factum id est more loquendi communi iuris auctoribus maxime usitato, quo duabus speciebus alicuius generis propositis, si uni tantum ex his certum & proprium nomen inditum sit, altera nomine tantum generis appellatur; non quia illi soli conveniat, sed quia non sit aliud ei relictum, quo appelletur. Exempla notissima in verbo adoptionis, cognationis, actionis: quæ cum origine & vi sua generalia sint, tamen cum ad species ventum est, usu loquendi facta sunt propria unius speciei, unicuique generi subiectæ; nempe eius, quæ hic carebat alio nomine, dum altera certo & speciali nomine appellatur. Dicitur enim adoptio ea, quæ fit apud magistratum: quæ autem per principem, arrogatio: cum tamen & hæc verbo generis sit adoptio. *L. 1. L. 2. D. de adop.* Sic & cognati distinguuntur ab agnatis ut diversæ species: cum generaliter omnes sint cognati. *L. Iurisconsultus §. 1. D. de gra. & affi.* Sic & actio a petitione: cum tamen & petitio sit actio, cum generaliter loqui volumus. *L. pecuniæ, §. actionis D. de ver. sig.* Idemque in aliis innumeris observari potest. *Nunc*, inquit Iustinianus, *nulla eo nomine denuntiatio fit*, intellige nulla eiusmodi, qualem supra ostendimus. Alioqui etiam nunc in ius vocatio est. Quisquis autem vocat in ius, is reo denuntiat, ut in ius veniat. Itaque etiam nunc a denuntiatione inchoatur actio. Sed non eiusmodi, qualem significat condicere; de quo verbo nunc agitur. Proinde ne nunc quidem ulla est condictio superior, cum scilicet utrimque a litigatoribus dies dicitur, in quem se sistant iudicio iuris experiundi caussa. Hoc ideo, quod constitutionibus posterioribus dies quo iudicio sisti debet, non est in potestate actoris, ut hunc ille possit reo dicere, sed lege dies constituitur. Sunt ex Novella Iustiniani in hanc rem viginti dies constituti: quos etiam ante tempora Iustiniani fuisse credibile est, *aut. offeratur, C. de lit. cont.*

VIII. Quia autem nulla nunc est eiusmodi condictio, qualis olim, ideo ait Iustinianus nunc abusive actionem in personam dici condictionem. Recte abusive: quia non est in re, quod significatur verbo. Sed abusus hac ratione defenditur, quod primo actio in personam eiusmodi condictionem habuit, a qua proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat, ut & in aliis rebus plerisque, quarum appellationibus priscis utimur, exoleto tamen usu rei. Exemplo est hodie bonorum possessio contra tabulas, & secundum tabulas, sic dicta quia primo veteres usi sunt tabulis in scribendo; quibus tamen cum iam olim scribi desitum esset, nihilominus postea nomen verus retinuerunt. *L. 1. D. de bon. poss. sec. tab.*

Digitized by Google

Sequens. & seqq. §§. usque ad §. quædam.

§. XVI.

Sequens hic secunda, & cur. I.
Ordo rectus huius divisionis. II.
Usus huius divisionis. III. VII.
Res quid, & quid pœna in hac divisione, & quam recta divisio. IV.
Rei persecutio quid, & quibus in rebus versetur. V.
Pœnæ persecutio quid. VI.
Rei persecutoriæ actiones cur perpetuæ & in heredes: pœnæ persecutoriæ contra. VII.
Actiones in rem omnes rei persecutoriæ. VIII.
Actiones ex contractu rei persecutoriæ, duabus exceptis, quæ sunt mixtæ. IX.
Ex maleficiis actiones omnes pœnales; duabus exceptis. X.
Ex pœnalibus maleficiorum, quæ mixtæ. XI.
Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutoriæ una excepta, quæ mixta est. XII.
Ex quasi maleficio actiones pœnales, & quatenus. XIII.

Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mistæ sunt. Rei persequendæ caussa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ caussa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum sit; in duplum actionem prætor reddit: si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede eius de dolo ipsius agitur, quo casu mista est actio. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ caussa comparatæ sunt; aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ, & ob id mistæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli, sive non manifesti dupli: de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens: sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio, mista est: quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno iniuria dato, mista est: non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem. Item mista est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur: tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna, & ideo in duplum eius fit condemnatio.

I. S*Equens illa divisio est*. Sequentem vocat, quæ proxime præcedentem sequitur. At quæ fuerit illa præcedens, videamus. Nempe ea, qua dividitur actio in duo genera; in rem, quæ dicitur vindicatio; & in personam, quæ condictio appellatur: in hæc enim genera, eorumque generum appellationes proxime desiit in

Digitized by Google

in §. *sic itaque*, & §. *appellamus*, Atque ea prima fuit divisio, quam sibi proposuit hoc titulo tractandam, ut ipse testatur in §. 1. & eadem una; in qua ad eos usque §. §. aperte perseveravit. Non dubium igitur, quin hæc sequens, ut primam & eam unam sequitur, ita ordine sit secunda ex illis quatuor, quas hoc titulo ad rectam actionis institutionem tractari diximus. Eo Theophilus sequentem hic recte est interpretatus *δεύτερον*: non quod sequens simpliciter significet secundam; sed quia sequentem a prima cum dicimus, non obscure ex adiuncto secunda intelligatur.

II. Vocat autem Iustinianus sequentem, non quam ipse sequentem facit: quid enim si pervertat iustum ordinem? sed quæ re ipsa talis est, id est, quæ recto ordine sequitur præcedentem. Et vero divisio est eiusmodi. Cum enim constiterit, quod primum est in actione instituenda, quis cum quo recte agat, quod superior divisio docet: proximum est, ut quæratur, quid peti oporteat: quod sequens hæc divisio ostendit.

III. Estque hic præcipuus usus huius divisionis. Certe huius tituli proprius. Non tamen solus. Valet enim divisio & ad dignoscenda tempora, intra quæ actiones quæque competant, & ad statuendum de heredibus, quæ in hos dentur actiones, quæ non dentur. Siquidem de his ita ius traditum est, quæ actiones rei persecutionem continent, eas hactenus esse perpetuas; quæ autem pœnæ persecutionem, intra annum dari, exceptis quibusdam, & his paucis. *L. in honorariis, D. de obl. & act. tit. de perp. & temp. act. infra*: eademque ex regula illas quidem dari in heredes: has autem minime, §. 1. *infra de perp. & temp. act. d. L. in honorariis. L. si pro fure, §. ult. D. de cond. fur.* Unde utroque loco quæri oportet, quæ actiones rei persecutionem contineant, quæ pœnæ persecutionem: quod in hac divisione explicatur. Ita fit, ut hæc divisio triplicem hunc usum præbeat in actione recte instituenda, ut scilicet norimus, & quid petere liceat, & intra quæ tempora, & num etiam adversus hæredes. Sed ex his, quid peti possit, divisio recta ostendit: illa autem duo, intra quæ tempora, & num ab heredibus, non nisi per consequentiam. Prius enim id sumendum ex eo iure, quod ante retulimus de iis actionibus, quæ rei, aut pœnæ habent persecutionem: ad cuius interpretationem sequitur, ut quærendum sit, quæ sint eæ quæ rei aut pœnæ persecutionem habere dicuntur. Ideo hoc loco divisio est exposita, in quo quærebatur, quid quaque actione peteretur, quod ostendere proprium fuit eius divisionis. Illa autem duo posteriora, quia ad aliam quæstionem, & aliud ius pertinebant, in suum tempus dilata, & tractata proprio & distincto titulo, *infra de perp. & temp. act.* Divisio hæc est: quasdam actiones rei persequendæ gratia comparatas esse, quasdam pœnæ persequendæ, quasdam utriusque gratia, & rei & pœnæ, atque hinc esse mixtas. Qua divisione posita, quæ & quales sint hæ actiones, quæritur. In quo naturæ ordo hoc postulat, primum ut norimus, quid hic vocemus rei persecutionem, quid pœnæ: tum deinde quæ actiones, horum alterutrum, aut utrumque contineant. Posterius hic exposuit Iustinianus; prius omisit. Sed tamen ad potestatem harum actionum ita necessarium, ut nihil prosit nosse, quæ habeant rei persecutionem, quæ pœnæ, nisi constiterit, quid horum appellatione contineatur, ut sciamus quid sit, quod sub illa appellatione liceat nobis petere: & cur hæ aut illæ dicantur horum alterutrum continere.

IV. Res non haberet dubitationem, si hic de nota significatione verborum ageretur. Nunc autem ex hac ipsa re incidit divisio in obscuritatem; atque adeo in reprehensionem. Nam si usitatam verborum significationem sequimur, aperte vitiosa est divisio: si non sequimur, vel hoc ipsum vitiosum, quod his verbis cogimur intelligere eas res, quæ verbis non exprimuntur. Primum distinguuntur hic res & pœna ita, ut unum non sit alterum, ut fit in membris divisionis cuiusque. Atqui rei verbum significat omne id quod est, & tam ea quæ sunt extra patrimonium, quam quæ in patrimonio, continet. *L. rei appellatio, D. de verb. signif.* Itaque non omnis res est pœna: at certe omnis pœna quæ nobis debetur, & petitur, est res quæ debetur & petitur: ut si qua actio pœnæ persecutionem continet, vere dicturi simus, & ex verbi significatione hanc continere rei persecutionem. An non igitur vitiose distinguuntur ista? aut cedo quid hic verbo rei sine vitio significetur. Illud etiam parum liquet in verbo pœnæ. Quæcunque enim pecuniæ præstatio iniungitur alterius coercendi causa, si quid fecerit, aut non fecerit, constat in usu iuris dici pœnam: sive hæc irrogatur lege, ut pœna furti: *L. si pro fure, §. 1. D. de condict. furtiv.* sive imponitur testamento heredi: *§. ult. Inst. de leg.* sive pactio-

pactione contrahentium constituitur. §. *ult. Inst. de ver. ob.* Atqui nulla actio, quæ persequitur pœnam conventionalem, dicitur hic pœnæ persecutionem continere, sed rei, ut exempla actionum in personam subiecta probant. Dicet aliquis pœnæ verbo hic significari tantum pœnam legitimam, seu lege sola constitutam. Sane ita est: sed quæro, quam recte, & quam ex significatione verbi, cum nihilominus & conventionalis, & cæteræ, quas dixi, sint pœnæ. Hæc sunt igitur, quæ puto in his verbis explicanda, quo & res intelligatur, & divisio atque appellatio veterum suam defensionem obtineat: Et quod ad distinctionem generum attinet; si quidem generalem significationem rei accipimus, fatendum est non recte ista genera distingui: cum ex hoc sensu pœna sit res, eoque & quæ actiones pœnæ persecutionem habent, eædem recte dicantur habere rei persecutionem. Hoc amplius & illud fatendum, rei nomen cum simpliciter ponitur, istam significationem habere. At si addantur pronomina hæc possessiva, mea, tua, nostra, ut dicatur res mea, tua, nostra: hic adiunctum significationem mutat, & ex generali facit specialem, ostenditque hic rem dici rem ad patrimonium nostrum pertinentem. Atqui hæc rei significatio est in hac divisione, intelligiturque ex eo, quod nominatur actio quæ continet rei persecutionem, id est, persecutionem, qua quis rem persequitur. Ut enim in hac oratione nihil exprimatur aliud: tamen superiora ista pronomina usu loquendi latinorum intelliguntur accommodata ad personam eius, de qua fit sermo. Quod multis ostendit Valla in similibus orationibus *Lib. 4. Eleg. Cap. 1. quale est*, inquit, *cum dicimus, vendidi patrimonium, suppletur meum: collocasti filiam, suppletur tuam: publicavit opus, suppletur suum.* Ex quo usu & hæc divisio ita accipienda est, ut cum dicitur actio rei persecutionem continere, intelligi debeat rei meæ, tuæ, nostræ, prout erit persona, de qua loquimur. Idque ita veteres accepisse indicat definitio ab his de hoc genere tradita. [1]

V. Definiunt enim actiones rei persecutionem continere eas, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Quod si ita est, pœnæ persecutionem continere intelligemus eas, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Quæ iam membra divisionis contraria sunt, eoque optime distincta: atque hactenus recta divisio. Quod attinet ad verbum pœnæ; cum pœnæ persecutio rei persecutioni hic opponatur, ex adiuncto intelligimus eam pœnam, quæ ita sit pœna, ut in ea non insit rei persecutio: scilicet ut quantum rei persecutionis actio continebit, tantum pœnæ significationi detrahatur. Relinquitur igitur iam hoc solum, ut videamus, quid contineatur appellatione eius, quod nobis ex patrimonio abest: quo cognito, utrumque genus erit cognitum. Et ex patrimonio abesse hic dicuntur hæc quatuor: Primum, quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur. Proximum, quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est. Tertium, quod nobis [1] debetur ex contractu. Cum enim id ex conventione nostrum esse debuerit, & tamen id crediderimus debitori, videtur quodammodo voluntate nostra exemptum de nostro, & translatum in eum, cui de eo fidem habemus. Quartum, quodcunque eius, quod nobis abest, æstimationem continet: qualis est æstimatio, quæ fit ex iureiurando in litem. *L. 1. L. tutor, D. de in lit. iur.* Qualis pœna conventione promissa: nam & hæc caveri solet loco eius quod interest. *§. ult. Inst. de verb. obl. L. ult. D. de præt. stip.* Ergo quæcunque sunt actiones, quibus horum quid persequimur, eas dicimus rei persecutionem continere, idque ipsum subiecta genera declarant.

VI. Unde rursum ex contrario intelligi oportet eas dici [2] pœnæ persecutionem continere, quæ alicuius rei ex superioribus persecutionem non continent: proinde & pœnæ significationem hic contrahi ad eam pœnam, quæ sic petatur, ut non præstetur loco aut nomine eius quod nobis abest de nostro; sed extra id omne, tantum coercendi eius caussa, a quo petitur. Quæ pœna cum constituatur tantum lege, nempe huc res redit, ut pœna

1) Etsi enim id in patrimonio nostro nunquam fuit, tamen quia ex conventione in eo esse debuerat & debitoris culpa ad nos non pervenit, latius id quoque abesse dicitur, Gisan. ad *L. 35. de O. & A. n. 7.* eodem modo, quo id, quod debetur, nostrum dicitur, ut *Lib. 12. Civil. Commentarior. Cap. 1. n. 2.*

2) Recte. Et convenit Gisan. *d. n. 7.* ac Vult. *in §. sequens 16. I. de act. n. 9.* Harpr. *ibid. n. 4. & seqq.* quia pœna intelligitur legitima, legibus & iure definita. Conventionalis autem pœna magis est in rebus, quam extra res; nec, ad illam collata, pro pœna habetur. (Dissentit Corasi. *in d. §. 16. n. 2.*) Sic etsi quandoque actio redhibitoria in duplum agitur, nec mixta tamen illa est, contra quam Accursius vult. Nam duplum id, non ut pœna petitur, sed quia in iis contractibus duplum repromitti solet. Fac. *L. 33. §. 4.* verb. *videantur*, de ædil. ed. Cuiac. *in d. §. 16.*

na hic intelligatur legitima, non conventionalis, aut quæ officio iudicis imponatur.

VII. Quibus definitionibus recte convenit, quod placet eas quæ dicuntur isto modo rei persecutionem continere, esse perpetuas, & dari in heredem; quia nihil habent, in quo non debeant sequi regulam iuris de perpetuis, & hereditariis actionibus. In contraria caussa esse eas actiones, quæ dicuntur continere pœnæ persecutionem: quia nulla fiat iniuria actori, si non dentur perpetuo; & si de heredibus quæritur, æquum sit heredes pœna legitima non teneri, ubi scilicet pœna ex delicto defuncti nascitur, & delictum non attingit heredes. Eadem definitione istorum generum posita, hac divisione admonemur, non omnes actiones esse de eo quod nobis abest; sed & quibusdam factis pœnas pecuniarias iure civili esse constitutas, quæ non cedant fisco, sed privatis debeantur; unde & earum persecutio sit privata.

VIII. Usu & significatione divisionis cognita, deinceps quæ actiones sint alterutrius generis, aut mixtæ, videamus. Id etsi proposita unaquaque actione, qualis iure constituta est, non admodum difficile est indicare adhibita superiore definitione; tamen ne quis sit error, utilius visum est in singulis generibus actionum indicare nominatim, quæ sint huius, aut illius generis, de quibus nunc agitur. Quod & Iustinianus hic secutus est, ista indicatione sola contentus. Meminisse ergo oportet omnes actiones aut in rem esse, aut in personam; & in personam aut ex contractu, vel quasi contractu, aut ex maleficio, vel quasi maleficio. De singulis sic habendum. Omnes in rem actiones rei persequendæ caussa comparatæ sunt. Hoc ille ita definit in §. *rei persequendæ*. Quippe his rem nostram, aut ad ius nostrum pertinentem persequimur, id est, quod nobis abest ex patrimonio. Iuratur quidem in his ob contumaciam non restituentis in litem: *L. qui restituere*, *D. de rei vind. L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* atque hoc iureiurando contumacia pœna afficitur, cum æstimetur res ab actore etiam ultra rei pretium. *L.* 1. *L. tutor*, *D. de in lit. iur.* Sed non ideo hæ actiones etiam tum maxime cum in his iuratur in litem, pœnæ persecutionem continere, seu pœnæ persequendæ caussa comparatæ esse dicendæ sunt. Nam hæc ipsa pœna nihil nisi eius, quod actori abest, æstimatio est, ut in hac intelligatur id ipsum quod abest, contineri. Non illa quidem æstimatio, qua res omnibus vulgo tanti sit; sed æstimatio tamen, quam actor dicit rei suæ, cuius rationem haberi æquum est: cum non sit æquum quemquam cogi invitum suo pretio res suas vendere: *d. L. tutor*, *D. de in lit. iur. L. non est*, *D. rer. amotar.* Ita reo contumaci 3 pœna hæc est; actori rei suæ persecutio. At enim hoc modo actor supra quam ei abest, consequi videtur. Plane, si iustum pretium hic spectatur; cum sæpe ex contumacia æstimetur res ultra id pretium, *d. L.* 1, *de in lit. iur.* At non ultra id quod ei abest, si spectatur id pretium, quo rem suam æstimat; quod sane arbitrio potius domini statui æquissimum est, *d. L. tutor*, *de in lit. iur.* verumque est illud Iavoleni ex *L. libertus*, 36. *D. de bon. lib.* absurdum esse ius cuiusque aliorum computatione, non iudicio ipsius domini æstimari. Tum autem ut pretium hic esse fateamur; tamen pœna est, quæ ex contumacia non restituentis nascitur, idque officio iudicis, non ea quæ petatur actione: nam actione in rem nihil amplius, quam res nostra, quæ ab alio possidetur, petitur. *L. actionum*, *D. de obl. & act.*

IX. Actiones in personam ex contractu omnes item rei persecutionem continent, duabus exceptis: depositi, & redhibitoria. Depositi, si quid depositum sit incendii, tumultus, ruinæ, naufragii caussa; actio in duplum, sive cum eo, apud quem depositum est, sive cum herede eius de dolo eorum in re deposita agatur. *d.* §. *rei persequendæ*, *hic*. *L.* 1. §. 1. *D. depos.* Redhibitoria & ipsa in duplum adversus eum, qui redhibenti morbosum mancipium pretium non reddit, & cætera quæ ex hac caussa reddi oportet: diserte hoc traditum in *L. redhibitoria*, *D. de ædi. ed.* Cui non adversatur quod quidam obiiciunt, quod neque duplæ petitio, neque actio quanto minoris pœnæ persequendæ nomine instituuntur. Nihil enim eum his commune habet redhibitoria. Utraque superior mixta est,

3] Et hæc pœna, qua afficitur is contra quem in litem iuratur *L.* 1. *de in lit. iur.* non tam nascitur ex delicto, quam ex damno alteri illato. Nec illa condemnatio, ultra rem eiusve æstimationem, est ex ipsius actionis natura, sed ex iurisiurandi delatione, quod & omitti ac non deferri potuit, Fopp. ab Æzema 1. *Differt.* 19. Sed & pœnalis actio alia ab ea, quæ pœnæ nomine dari, aut concipi dicitur, ut *L.* 9. §. *ult. de Reb. auct. iud. poss. L. ult.* §. 1. *Quæ in fr. cred.* quæ nihilominus rei persecutoria mera, quia actor nil præter rem consequitur, etsi puniat factum rei. *L.* 9. *Quod fals. tut. auct.* vid. Cuiac. 24. *Obseq.* 17.

Digitized by Google

eſt, in duplo & id quod abeſt, & ultra id alterius tanti pœnam continens. *d.* §. *rei*, in fi. *hic. d. L. redhibitoria*, *de ædil. ed.*

X. Ex maleficiis actiones, quæ ſunt aut ex furto, aut vi bonorum raptorum, aut damno iniuria dato, aut iniuria, omnes perſecutionem pœnæ habent; aliæ quidem ſolius pœnæ, aliæ autem pœnæ & rei: omnes tamen pœnæ perſecutionem; ut proinde omnes ſint pœnales, ut declaratur in §. *ex maleficiis*, & §. *vi autem*. Excipiendæ ſunt duæ, actio rerum amotarum, & condictio furtiva. Actionem rerum amotarum ex delicto eſſe cum res ipſa docet, tum vero ſcriptum eſt in *L. ſi mulier*, §. *pen. D. rer. am.* At ibidem traditur hanc ipſam actionem rei perſecutionem continere. Condictio quoque furtiva cum ſit ex furto, id eſt, maleficio, rei tamen habet perſecutionem. *L. ſi pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Idque actionum perſecutio in utraque ſatis indicat: perſequuntur enim ambæ id, quod de noſtro nobis ablatum eſt, id eſt, quod nobis abeſt ex patrimonio. Quam ob cauſſam has quoque actiones & perpetuas eſſe, & in heredem dari iiſdem locis traditur.

XI. Quæ ex his pœnalibus mixtæ ſint, ita intelligemus, ſi ſcierimus, quæ ſint dumtaxat pœnales: ſunt autem huiuſmodi duæ, furti, & iniuriarum. De actione furti eſt in §. *ex maleficiis*, *hic:* & in *L. ſi pro fure*. §. 1. *de cond. fur.* De actione iniuriarum in §. *pœna ſupra de iniur.* Cæteræ ergo mixtæ, quæ ſunt ex maleficiis, quod copioſius explicatur in *d.* §. *ex maleficiis*, & §. ſeq.

XII. Ex quaſi contractu actiones omnes rei perſecutionem habent, utpote perſequentes, quod nobis abeſt, ut licebit intelligere ex iis generibus harum actionum, quæ exponuntur ſupra de *obl. quæ ex quaſ. contr.* Una actio excipitur ex hoc genere in §. *vi autem*, verſ. *item mixta*, *hic:* nempe actio eius legati & fideicommiſſi nomine, quod relictum eſt eccleſiæ, aut aliis venerabilibus locis: actio in duplum conſtituta a Iuſtiniano adverſus eos, qui legatum reſtituere differunt eo uſque, donec in ius vocati ſint. Et hæc mixta eſt, perſequens partim quod abeſt legatum, partim alterum tantum, in quo eſt legis pœna.

XIII. Actiones in perſonam ex quaſi maleficio omnes pœnales eſſe, & quatenus pœnales, intelligi poteſt ex his, quæ de hoc genere tradita ſunt ſupra *tit. de obl. quæ ex quaſi del.*

Quædam

Quædam actiones.

§. XVII.

Recta collocatio huius §. I.
Familiæ ercifcundæ actio quid, & unde nomen. II.
Præstationes personales in duplicibus iudiciis, quæ. III.
Communi dividundo actio, quid. IV.
Finium regundorum actio, quid, & unde nomen. V.
Duplex iudicium quid, & quid differat a mixto. VI.
Duplicia iudicia tria cur dicantur videri tam in rem, quam in personam. VII.
Duplicia tria iudicia vere in personam tantum esse, non in rem. VIII.

Quædam actiones mistam caussam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familiæ ercifcundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

I. QUia proxime dixerat de actionibus mixtis; per occasionem & alias tres fubiicit, quas & ipsas mixtas videri ait: fed quæ longe dissimili in re & genere verfentur. Nam ante de iis mixtis dictum est, quæ conjunctim rei & pœnæ perfecutionem habent. Quæ autem fubiiciuntur, dicuntur mixtam caufam habere non ab his rebus duabus permixtis; funt enim omnes rei folum perfecutoriæ: fed quia partim in rem esse videntur, partim in perfonam, ut initio explicatur. Ex quo apparet hanc connexionem esse in verbis magis, quam in re. Fatendum est rectius facturum fuisse Iustinianum, si has fpecies primæ divifioni propositæ continenter fubiecisset. Sive enim hic proponi placet tertium quoddam genus earum actionum, quæ fint tam in rem, quam in perfonam; non alio loco fubiici debuit, quam ubi de prioribus duobus uno in rem, altero in perfonam agebatur: five volumus has actiones esse in perfonam tantum, aut in rem tantum, fed tamen de iis dubitari potuisse, an mixtæ essent; ne hæc quidem dubitatio alio loco tractari & removeri debuit, quam cum primam illam divifionem ad quam hæc quæstio pertinebat, expofuisset: ut factum fupra videmus de actionibus præiudicialibus. Sed de re videamus.

II. Proponuntur hic tres actiones, familiæ ercifcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Dicuntur mixtam caussam obtinere videri tam in rem, quam in perfonam. Et ut possit intelligi ita esse, inter quos & cui rei competant, hoc loco breviter indicatur: fed brevius, quam pro natura & potestate fingularum. Ideo paulo explicatius vis & potestas fingularum attingenda est: fed eo magis, quod definitiones de fingulis hic traditæ funt, continentes ad quid unaquæque competat: quas facile est fic accipi, quafi ad eas res tantum hæ actiones competant. Quod cum aliter fe habeat, vel hoc ipsum ad hunc locum pertinet moneri nos, non ita eas definitiones accipi debere, & fimul ostendere, quid amplius fingularum natura contineat. Huc accedit, quod nisi altera pars qua constant hæ actiones, cognita fuerit, nunquam illud intelligetur, quale sit, quod dicitur has actiones esse in perfonam. Et quoniam ex natura cuiufque pendet, ut norimus sint ne in rem, an in perfonam, an utrumque, prius quid contineant, confideremus. Familiæ ercifcundæ actio competit coheredibus de dividenda hereditate, ut hic fcriptum est. Et hoc est, agit hoc iudicio heres adverfus coheredes fuos, ut a communione hereditatis discedatur, sive ut inter eos divi-

dividantur res hereditariæ prius indivisæ. *L.* 1. *D. fa. erc.* Hinc nomen familiæ ercifcundæ, id eft, hereditatis dividendæ. Nam familia hic hereditatem significat: ut in lege duodecim tabularum his verbis: *Agnatus proximus familiam habeto. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verb. sig. Ercifcere* autem verbum antiquum eft, quo eadem lex duodecim tabularum utebatur, pro dividere. Perfequitur & continet hoc iudicium res duas, rerum hereditariarum divifionem, & præftationes quafdam perfonales, eas videlicet, quibus heres heredi propter communionem rerum eft obnoxius. Et ut loquitur Ulpianus, familiæ ercifcundæ iudicium ex duobus conflat; id eft, rebus, atque præftationibus, quæ funt perfonales. *L. item Labeo.* §. *pen. D. fam. ercifc.* Rerum divifio qualis fit: quæ in hac divifione adiudicatio, item quæ mutua condemnatio, quarum rerum hic mentio fit in extremo, declaratur in §. *fi familiæ, infra de off. iud.*

III. Præftationes autem perfonales quas diximus, tres funt. Inducuntur enim aut lucri, aut damni, aut impenfarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderint. *Lucri*, ut fi quid ad aliquem heredem pervenit ex re communi, id cæteris heredibus communicet. *Damni*, ut fi quid damni in rebus hereditariis datum factumve eft culpa alicuius heredis, id cæteris pro portione cuiufque farciat. *Impenfarum*, ut fi quæ in res hereditarias ab uno herede factæ fint, quas propter partem fuam neceffe habuerit facere, ei præftentur a coheredibus. Comprehenfa funt hæc genera diferte in iudicio communi dividundo in *L.* 3. *D. com. divi.* Unde intelligi debet etiam ad hoc iudicium pertinere. Hereditatis enim divifione femota, cætera funt utrique iudicio cum altero communia. *L. fi quis putans*, §. *officio*, *D. com. divi.* Indicantur eadem genera præftationum in *L. prætor.* in pr. *D. de reb. auct. iud. pof.* in commune autem in omnibus rebus communibus in *L. quibus.* 34. iuncta *L. ut fit*, 31. *D. pro foc.*

IV. Communi dividundo iudicium redditur inter eos, inter quos res una, vel plures communes funt, dummodo plures illæ fint fingulæ, ut a communione earum difcedatur; nec intereft, ex focietate communes fint, an fine focietate. *L.* 1. *L.* 2. *D. com. divi.* Iudicium ut fine eodem, ita iifdem rebus conftans, quibus fuperius, rerum communium divifione, & præftationibus iifdem perfonalibus, *d. L.* 3. *D. com. divi.* Hinc in divifione rerum idem fervatur cum de earum adiudicatione, tum de condemnatione mutua, ut eft in extremo huius §. quod pluribus declaratur in §. *eadem infra de off. iud.*

V. Finium regundorum iudicium eft, inquit Iuftinianus, quo inter eos agitur, qui confines agros habent; addendum eft, ut fines regantur, unde nomen finium regundorum; id eft, ut fines ad fuam normam & certitudinem dirigantur, & quod intra iuftos fines quifque habet, id totum retineat; fi quid amplius, id vicino reftituatur. *L.* 4. §. *ult. L. fi irruptione*, in pr. & §. 1. *D. f. reg.* Sed etfi fines recte dirimi non poffunt, vel propter inæqualitatem loci, vel propter veterum finium incertitudinem, permittitur iudici aliis finibus evidentioribus agros diftinguere. Quo cafu quia neceffe eft ex unius agro partem aliquam alterius agri domino adiici & detrahi; ideo res tranfigitur adiudicatione, & condemnatione. §. *fi finium, infra de off. ind.* Quid autem hic iudicem fequi oporteat, explicatur fufius in *L.* 2. §. *ult. L.* 3. *L.* 4. in pr. *f. reg.*

VI. His de natura & poteftate harum actionum breviter ut pro loco, cognitis, iam facilius poterit intelligi, quid fit, quod de his initio proponit Iuftinianus. Ait ergo has actiones mixtam cauffam obtinere videri, fed addit tam in rem, quam in perfonam. Ex quo intelligimus hæc iudicia non eodem fenfu hic dici mixta, quo dicuntur duplicia. Nam & duplicia alibi vocantur; fed hoc fenfu, quod in his uterque ex litigatoribus duplicem perfonam fuftinet, actoris videlicet & rei. *L. in tribus*, *D. de iud. L.* 2. §. *ult. D. com. div.* Et recte. Nam cum iudicia fint de dividendis rebus, evenit, ut uterque partem a focio petat, & viciffim ab eo petatur: ut illa parte actor fit, hac reus. Quæ res facit, ut hactenus quoque fint mixta.

VII. At nunc mixta dici apparet ex eo, quod tam videantur in rem, quam in perfonam. In rem ideo, quia in his focii de re fua agunt, puta parte fua, ut fic in rem hactenus agere videantur: cum in rem actiones fint, quibus rem noftram petimus. In perfonam citra controverfiam in eo, quod a fociis ea petimus, quæ fupra diximus effe in perfonalibus præftationibus. Hæc enim petuntur ab eo, qui fit ad eas res propter rationem communionis obligatus: de quo genere obligationis eft in §. *item fi fupra de obl. quæ ex quaf. con.*

con. naf. Adversus obligatum autem actio in personam. *L. actionum, D. de ob. & act.*

VIII. Sed notandum est diligenter dici has actiones non mixtam caussam obtinere tam in rem, quam personam; sed obtinere videri. Re vera enim in personam sunt omnino: in rem non sunt: ne forte cum initio dividuntur actiones in duo genera, in rem, & in personam, putemus ei divisioni aliquid deesse, & hoc loco induci tertium quoddam genus mixtarum actionum. Duo sunt illa tantum tradita a veteribus. *L. actionum, D. de obl. & act.* Neque hæ actiones refragantur: sunt enim in personam dumtaxat, ut dixi in eius divisionis explicatione ad §. 1. *supra eod.* in rem [1] non sunt. Primum de actione

1) Consentit Coras. *ad Rub. D. de reb. cred. n. 2. & 3. & in §. 1. I. de act. n. 3.* Vult. in *d. §. 20.* ipsi 18. *I. h. t. n. 2.* quia familiæ erciscundæ & communi dividundo dantur ex quasi contractu, nec contra quosvis possessores, sed coheredes, & quibus res est communis. De actione vero Finium regundorum idem probat, ex *d. L. Fin. reg.* Ideoque Iustiniano ut vocula *videntur*. Quia licet non sint, videantur tamen, non ob caussam ex qua dantur, sed ob effectus nonnullos. Et A. Fab. 20. *Coniect.* 10. quia, inquit, alias divisio *d. §. 1.* manca esset, quam tamen perfectum, vel subiectum dilemma arguit. Itemque alio probari potest, quia aut intendimus eum, quem lite pulsamus, dare, facere, aliquid oportere, aut non intendimus. Quæ contradictoria sunt. Equidem, subdit, mistarum oomen, non inanditum ICtis *L. 37. §. 1. h. t.* Verum non hoc sensu, quod partim in rem sint, &c. sed alio, in quibus nempe uterque actor & reus; duplicia iudicia, eiusmodi non hæ solum actiones, quæ *d. §. 20.* Sed & quædam interdicta *d. L. 37. §. 1. L. 2. pr. de interd.* Atque hoc ipso modo in *d. §. 20.* Verba *mistam caussam obtinere* exponit Faber, illis, *tam in rem, quam personam*, ceu interpretis glossemate, resecatis. Sic congruere putat, quæ sequuntur in vers. *in quibus*. Reddi nempe illis rationem, cur uterque actor, & reus sint, quia, ex qua parte fit uni adiudicatio, ex ea actor, ex qua vero alteri, condemnatur reus. Ex neutra vero parte, naturam actionum realium sapere ait, quia in his non acquiritur dominium, sed declaratur. In tribus vero illis iudiciis, res, post adiudicationem plene fit alicuius, quæ antea quoque erat alterius. Male ergo, qui ex verbo *adiudicandi* participationem actionis realis inferunt. Ita Faber. Cuius correctionis temeritatem, vel Theophili *Institutiones* redarguunt, qui in *d. §. 20.* diserte actiones has, actionis in rem & in personam, naturam, in se continere scribit. Quod & exemplo in actionibus Familiæ erciscundæ declarat. Et tertium hoc genus non temere agnoscunt, Cuiac. *in par. C. Fam. ercisc.* Wes. *in Par. D. Fin. reg. n. 6. & Fam. erc. n. 2.* Zas. & Hot. ad *L. d. §. 20.* idem Zas. 2. *Sing.* Resp. 33. Bron. 2. *Ass.* 10. Thadæ. Piso Soac. in *§. 1. I. de act. n. 6.* Cagnol. *in Rub. D. si cert. pet. n. 57. & seqq.* Gifan. *ad L. 37. de O. & A. n.* 35. Zang. *de Except. P. 2. Cap. 1. n.* 193. Val. Guil. Forst. *Tract. Iustin. pag. 2. Disp. 1. Th. lit. C. & 2. Obs. succis.* 4. Ac magis est origine sane & essentia, has actiones in personam, esse, fine vero & effectu, quædam ex natura actionum in rem participare. Constantque rebus & præstationibus, quæ sunt personales actiones, ut Ulpianus in *L. 22. §. pen. Fam. erc. L. 4. §. 3. comm. div.* Et tam in rem directæ sunt, quæ dividi petitur: Wes. *d. n. 2.* quatenus scilicet respicitur portio mea, quam in personam, respectu personalium præstationum, & quatenus in re spectatur portio aliena, coheredis, vel socii, ex qua mihi adiudicari potest, Myns. in *d. §. 20. n. 15.* Dyn. *ibidem n. 8.* Petr. Vanderan. *de Privil. credit. Cap. 16. sub fin.* Mudæ. *in d. §. 20. n. 2. & 3.* ut ita non obstet superior Fabri obiectio, quod adiudicatione dominium acquiratur, contra quam in actionibus realibus. Neque enim hac ratione, naturam actionis realis in se habent, sed quatenus, qui eas exerceret, partem in rebus communibus suam petit. Quam cum sæpe commode, obtinere nequeat, nisi adiudicationibus factis; ideo iudicis officii est, res singulas singulis adiudicare, eumque cui plus adiudicatum, alteri in pecunia condemnare *§. 4. & seq. I. de offic. iud.* Ac male imo Faber, ex qua parte adiudicatur, actorem esse, eum tatum hoc, magis ex officio iudicis veniat, quam intentione actoris; divisionem postulantis, atque ex necessitate eo veniatur, quando commodior divisio fieri nequit *d. §. 4. & seqq.* Quæ & uno solum casu, necessaria in actionibus Finium regundorum ut *§. seq. 6. I. d. t.* Neque sic divisio *d. §. 1. h. t.* manca. Nam, ut ipse Vult. ad *d. §. 1. n. 2. infr.* expressione simplicium mista, & ex utrisque concreta, intelliguntur. Dyn. in *d. §. 2. n.* 13. Usill. *ibid. n.* 30. Bronch. 4. *Ass.* 31. Confer. Tiraq. *post LL. connub. gl. 5. n. 69. & 2. seqq. ac n. 76. & Tr.* le mort saisit le vif. *pag. 2. declar. 4. n. 7. & seq.* Accedit, quod non adiecta vocula, *tantum*, & facit *L. incivile* 24. *de LL.* quomodo, obiecto huic occurri posse, non diffitetur Donellus noster in *d. §. 1. n. 6.* Ad reliqua obiecta Vulteii resp. Has quoque actiones ex re venire *L.* 46. *h. t.* & quidem magis, quam ex persona *L. 29. Comm. divid.* nec dari adversus quosvis possessores, quia non in solidum, ac mere reales. Unde licet in aliis, quam coheredibus, & sociis requisitum unum, actionis realis adsit, possessio, alterum tamen actionis personalis, obligatio deficit. Ad rationem Donelli (1) resp. eo ipso probatur, esse mistam, quia quatenus fines suos vindicat, in rem est. Bron. 2. *Ass.* 10. Goth. in *d. L.* 10. Ad (2) resp. Etsi una nota actionum realium, non semper hic conveniat, videlicet possessionis ab alio detentæ restitutio, alia tamen adest, dominii assertio. Quin & possessio abesse videtur. Qui enim prius possidet rem, atque in ea partem suam pro indiviso, hoc agit, ut deinde possideat pro diviso rem, vel partem certam. Ad (3) responsio ex dictis patet. Cum & tantum probet, non esse mere realem. Ad (4) resp. non ratione adiudicationis, naturam realium referre ex parte, sed alia, in expositum. Obiicit Iason in *d. §. 20.* duas species oppositas misceri, & ex iis tertiam constitui non posse. Sed post Zas. *ibid.* resp. Bron. *d. loc.* optimum quandoque ex contrariis fieri temperamentum, cum & quatuor contrariæ complexiones in corpore hominis residcant. Et mistæ hæ, ex simplicibus utrisque non formaliter, sed materialiter. Aliaque his actionibus forma, ab illarum diversa ex utriusque qualitatibus participans. Sicuti mulus, de natura equi & asini, non utriusque forma informatus, sed peculiari intermedia. Et elementare mistum, constat ex elementis, non quod elementa iuxta formas suas, sive integras, sive remissas, atque refractas, atque ita actu misto insint. Quæ opinio licet pluribus probata Zabar *de Mistione.* Fernel. 2. *Physiol. 6. & 7.* Archang. Mercenar. *Dilucid.* 2. Bodin. *Lib. 1. Theatri naturæ &c.* mihi, dum Philosophiæ studia tractarem, aliena, tum a mente Aristotelis *de Gener. & Corr. 10. Text. 84. & 2. de Partib. Animal. 1. initio*, tum a vero, visa est, cum Scal. *Exerc. 16. Sect. 3. & Exerc. 101. Sect. 19.* & passim Conimbricens. *in d. Cap.* 10. Arist. *Quæst.* 3. Fr. Tolet. *Comm. in Lib. 6. Phys. Cap. 2. Tex. 23. Q. 2.* Sebast. Fox. *Lib. 2. de Platonis & Arist. consensu Cap.* 10. Riolan. *Physiol. Sect. 1. Cap.* 8. Valles. *1. Controv. Phil. & medic. 1. &c.* Cæterum, male quidam his mistis accensent, in rem scriptas, ut sunt: Quod metus caussa; Noxalis; ad exhibendum, Arnold. ab Haersolt. *in Proleg. de act. in genere n.* 12. sentiens personales esse, quia ex contractu, vel delicto, reales, quia contra quencumque. Magis peccant, qui propriam, atque ita quartam speciem actionum in illis ponunt Iac., Gutte. *in L. 2. C. de resc. vend. pag.* 11. Nam illa non mutant naturam actionis personalis, ita dictæ, quod sine designatione personæ dentur. vid. *Civil. Commentar. Lib. 15. Cap. 39. n. 31. sub fin. N.* 20. Zang. *d. Cap. 1. n.* 106. Gifan. ad *L. 25. de O. & A. n. 12 & seqq.* Cagnol. *in Rub. D. Si cert. pet. n 52. & seqq.* Coras. *ibid n. 3. & 1. Misc.* 22. A Fab. 20. *Coniect. 10. pag. 116. & seqq.* ubi docet, has verbis formulæ dirigi in personam certam, & tamen sic dictas vult, quod in concipienda formulæ conditione, iisdem verbis usus fuerit Prætor, quibus in actione reali. Neque hoc obstare scribit, cum conditio non disponat, dispositio vero formulæ eadem fuerit, quæ aliarum actionum in personam, potestate scilicet condemnandi eius, contra quam diriguntur, iudici data, quod fieri non potuerit in realibus. Sed ratio appellationis, longe aptior allata a Don. *d. Cap.* 39. Nam nec unde ita coniiciat, Faber de verbis conditionis formulæ, argumentum nullum profert.

Digitized by Google

ne finium regundorum diserte scriptum est in *L.* 1. *D. fin. reg.* hanc in personam esse, licet sit pro vindicatione, quia scilicet per hanc rem nostram consequamur, quæ sit intra nostros fines. Idem ergo & de reliquis duabus iudicandum est, ut pote ita similibus, ut tres istas ubique coniungi, & eodem iure censeri videamus, *d. L. in tribus, D. de iud. d. L.* 2. *§. ult. com. div. §. si familiæ*, & 2. *§§.* seqq. *infra de off. iud. & hoc loco.* Tum autem in rem non esse certissimo argumento hæc sunt. Primum nunquam actio in rem ei datur, qui possidet, quem quidem constet possidere, & qui se pro tali haberi velit. *L.* 1. *§. pen. D. uti poss. §. æque, supra eod.* At iudicium familiæ erciscundæ non tantum ei datur, qui non possidet, sed etiam ei qui possidet: & quidem huic maxime, ut colligere est ex *L.* 1. illic, *quæ quidem actio, D. fam. erc.* Deinde actione in rem petimus rem nostram, aut ad ius nostrum pertinentem, *§.* 1. & *§. sed istæ*, & deinceps, *supra eod.* At familiæ erciscundæ iudicio, item communi dividundo sic ad divisionem rerum communium provocamus, ut non magis partem nostram petamus, quam alienam. Volumus enim res singulas, aut partes singularum rerum ex divisione distinctas & totas nobis adiudicari: cum in rebus communibus nullum sit etiam minimum vestigium, quod non sit socio mecum commune, id est, in quo socius partem non habeat, ut ego. Postremo hæc adiudicatio cum petitur, petitur obligationis iure, tanquam ab eo videlicet, qui propter communionem quam mecum habet, eam adiudicationem pati debet. Quæ plane necessitas ex obligatione quæ ex communione est, nascitur: omnis autem actio ex obligatione est in personam. Quare non sunt hæ actiones in rem, sed in personam dumtaxat.

Omnes autem, & seqq. usque ad §. actionum autem.

§. XVIII.

Series huius divisionis. I.
Quadruplum nulla actio excedit. II.
Simpli actiones quæ. III.
Dupli actiones quæ. IV.
Tripli actio una. V.
Lectio vera constituta in §. tripli, in fin. VI.
Quadrupli actiones quæ. VII.
In duplum, triplum, quadruplum, quæ actiones ab initio, quæ ex eventu, & quibus conditionibus. VIII.
Simplum in his actionibus, quod intelligendum. IX.
In duplo, triplo, quadruplo quando insit simplum, aut non insit. X.

Omnes autem actiones, vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur. In simplum agitur: veluti ex stipulatione, & mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quam plurimis caussis. In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni iniuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam caussis. Item servi corrupti: quæ competit in eum, cuius hortatu consilio ve servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac caussa viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent: tunc enim id, quod propter eorum caussam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur: ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est,

sus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam proculdubio certum est ex lege condictitia emanare. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifesti, item de eo, quod metus caussa factum sit, deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is cui datur calumniæ caussa, negotium alicui faceret, vel non faceret.

Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at illæ, id est, damni iniuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi: infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de his competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum infitiatione duplicatur, sed etiamsi distulerit relicti solutionem usquequo iussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero ante, quam iussu magistratuum conveniatur, solventem simpli redditur.

Item actio de eo quod metus caussa factum sit, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt: quod eius natura tacite continetur. Ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita: sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est & in furti manifesti actione.

I. TErtia est divisio actionum ad instituendam recte actionem similiter comparata. Ut enim in omni actione dicere oportet, quid petas; ita & illud, quantum petas. Prius superior illa divisio ostendit: posterius hæc quæ sequitur. Bene vero & naturæ ordine illa præcedit, hæc sequi debet. Prius est enim, ut noverimus, remne dumtaxat petamus, an pœnam: quod prior illa explicat. Proximum, si pœna petitur, id est, amplius aliquid, quam quod nobis abest, ut videamus, in ea pœna quousque petendo supra rem progredi liceat: quod hæc divisio aperit. Sic autem divisio est: *Omnes*, inquit, *vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

II. Quod ait nullam ulterius extendi, vere in universum dicitur; sive pœnas legitimas spectes, sive conventionales. De pœnis lege constitutis constat. In pœna conventionali potest falsum videri ideo, quia licet pœnam in infinitum stipulari supra quam nostra intersit. *L. stipulatio ista, §. alteri, D. de verb. obl.* Sed nihil hoc superiori sententiæ adversatur. Quantumcumque enim est, quod pœnæ nomine stipulamur, simplum est, non duplum, aut triplum, aut quid amplius. Unde in *ver.* seq. dicitur in simplum agi ex stipulatione. Generaliter, inquam, ex stipulatione. Proinde ex omni stipulatione: eoque & ex pœnali. *arg. in L. si servitus. D. de ser. ur. pr.* Et recte in simplum ex stipulatione quoque pœnali. Pœnam enim stipulantes ita in stipulatum deducimus, ut hanc per se solam & unam simpliciter stipulemur, non autem ex comparatione alicuius simpli, quod a pœna excedi velimus duplo, aut triplo, aut deinceps.

III. *In simplum agitur.* In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent: ut quæ persequantur, quod unum & simplum ex patrimonio nobis abest. Sed & ex iis, quæ habent persecutionem pœnæ, sunt illæ in simplum, in quibus certa pœnæ summa ita lege comprehensa est, ut neque dupli, tripli, aut quadrupli mentio fiat, nec ex comparatione alterius simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur: ut, cum pœna constituitur in quinquaginta, in decem, aut viginti aureos, & quæ sunt similes pœnæ. *L. si quis id quod, D. de iurisd. L. pen. D. de in ius voc. §. 1. & seq. supra de obl. quæ ex qua. del.*

IV. *In duplum agimus.* Quinque sunt actiones in duplum constitutæ. Furti nec manifesti, de qua in *§. pœna supra de obl. ex del.* Damni iniuria ex lege Aquilia, ut hic scriptum est: sed hac conditione, si quis se damnum dedisse infitietur:

tur: nam hæc actio adversus confitentem in simplum est, adversus infitiantem in duplum. *L. inde Neratius*, *§. hæc actio*, *D. ad leg. Aqui.* Depositi ex iis caussis, de quibus comprehensum est edicto in *L.* 1. *§.* 1. *D. depos.* Servi corrupti ex ea caussa, quæ hic exposita est: de qua edictum, & eius interpretatio in *L.* 1. in pr. & deinceps. *D. de ser. cor.* Ex legato quod venerabilibus locis relictum est: de qua actione est in *§. vi autem*, vers. *item mixta*, *supra eod.* Et hæ quinque hoc loco recensentur. Licetne bis sextam addere redhibitoriam? Nam in *L. redhibitoria*, *D. de Æd. ed.* dicitur hæc interdum condemnationem habere in duplum. Sed hoc non sic accipiendum est, quasi hæc actio aliquando sit in duplum eius simpli, quod principaliter nobis abest, ut nunc actionem in duplum vocamus. Ideo dicitur aliquando in duplum condemnationem habere, quia venditor interdum damnatur ad res duas, id est, & ad pecuniam, quanta pro re vendita, accessionisve nomine ab emptore data est, & quanti ea res erit, quod emptorem, qui eo nomine obligatus erat, venditor non liberaverit: ut ibidem explicatur, & indicatur edicto in *L. Æediles etiam*, *§. ult. D. de Æd. ed.* quod & ipsum docui pluribus in commentario de *Æd. ed.* Harum autem præstationum utraque simplum continet, & rei quæ abest, non pœnæ persecutionem. Quod actionibus in duplum non convenit; quarum in duplo si non utrumque simplum, at certe alterum saltem semper pœnæ persecutionem continet.

V. *Tripli vero*. Una actio est in triplum, quam hic commemorat. Cui, in quem, qua ex caussa detur, & quatenus, dilucide exponit. Obiter notandum ex hoc loco, neque sportulas viatoribus seu litium executoribus præstari solitas unas fuisse; sed pro modo quantitatis petitæ ad certam summam exigi solitas: & quod mirum est, has ipsas non ab actore, qui viatoris opera uteretur, præstari solere, sed a reo exigi.

VI. *Quam proculdubio certum est ex lege condicticia emanare*. Theophilus hunc locum exprimens sic interpretatur, ut dicat ex hac constitutione, quam Iustinianus refert, nasci condictionem ex lege. Ex quo apparet apud Iustinianum ita scriptum fuisse, certe Theophilum ita scriptum legisse, *ex qua proculdubio est ex lege condicticiam emanasse*. Ex qua, intellige constitutione nostra. Proculdubio est, id est, certum est: quod cum ita quidam inter lineas interpretati essent, tandem etiam in contextum irrepsit: sed supervacanee, cum proculdubio esse, & certum esse, idem valeant. Condicticiam autem Theophilus ex usu iuris interpretatus est condicticiam actionem, id est, uno verbo condictionem; hanc ex lege, id est, eam quæ condictio ex lege appeliatur. Quod & Hotomanus locum postulare primus, opinor, recte vidit, & sive a Theophilo admonitus, sive ex ingenio, isto modo emendavit. Quo modo & nobis omnino legendum, & locus restituendus est. Primum quidem auctore & præeunte Theophilo, qui ætate propior scire potuit, quomodo apud Iustinianum scriptum esset. Sed maxime ideo, quia locus ita cogit facere. Multa sunt enim, quæ lectionem istam vulgarem aperte reprehendunt. Constitutio nostra, inquit, emanat, seu nascitur ex lege condicticia. Et ubi illa lex condicticia, aut ubi unquam huius nominis mentionem fieri legimus? Et vero nulla etiam lex ita dici potuit, ut est usus loquendi veterum in legibus designandis. Si qua enim dici potuit condicticia, ex eo dici debuit, quod proponeret de variis rebus condictiones. At leges & constitutiones ex caussis & factis de quibus cavent, nomen accipiunt, non ex actionibus, quæ de his rebus competunt: ut lex Aquilia dicitur de damno dato: *L.* 1. *ad leg. Aquil.* Lex Falcidia de minuendis legatis; *Inst. de leg. Fal.* Senatusconsultum Velleianum, de intercessionibus. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* & similes leges innumeræ. Nulla autem lex vindicatoria, quæ vindicationem proponat: nulla condicticia, quæ condictionem. Iam illud quid est, constitutionem Iustiniani quam hic indicat, emanare & oriri ex alia lege? Primum quid ad ius aut hunc locum pertinebat id monere? quid enim faciebat ad confirmationem constitutionis Iustiniani, aut ad confirmationem actionis propositæ? Plane ineptum & alienum: cum sive constitutio Iustiniani ex alia lege qualibet sumpta esset, sive non esset, semper hoc ipso haberet satis firmitatis, quod ab ipso Iustiniano esset. Quid si ne hoc quidem dici potest, constitutionem Iustiniani manare ex alia lege? Et certe non potest, nisi absurde. Nam si intelligimus constitutionem Iustiniani illius alterius legis caput unum fuisse translatum iisdem verbis; eadem lex dici debuit, non nova constitutio, quæ ex illa lege emanaret. Sin constitutio, vere nova est; non debet dici ab alia lege emanare, sed a Iustiniano: quia

prior

prior lex hanc constitutionem non tulit, sed Iustinianus. Quare & falsitas sententiæ, & in vera etiam sententia inutilitas orationis aperte ostendunt corruptam esse & procul reiiciendam vulgarem istam lectionem. Quid autem interpretatio Theophili, & ex hac inducta emendatio, qualem sententiam continet? veram quidem in sese citra controversiam: sed quod ad rem maxime pertinet, solam convenientem huic loco; neque id solum, sed etiam hoc loco cognitu necessariam. Ait Iustinianus ex ista constitutione sua oriri condictionem ex lege. Nihil certius. Quæ enim ex ea constitutione actio est, inducta est nova ista lege, cum prius nulla esset. Ea autem est condictio ex lege. *L. 1. D. de cond. ex lege*, Sed non est satis, hoc etiam ita esse, sciri hoc loco conveniebat. Iustinianus enim proposuerat constitutione sua actionem in triplum ex ea caussa, quæ constitutione expressa est; & hactenus hic relata erat constitutio. Sed ex iure Romano, quo certas actiones esse oportuit, quærendum fuit, quænam hæc esset actio. Hoc ergo subiicit, & ait proculdubio esse condictionem ex lege. Atenim sequitur in §. *item ex lege* quod condicticiam legem confirmet. Sic enim legitur: *Item ex lege condicticia nostra constitutio oritur*. Sed & hoc vitiose, ut idem Theophilus ostendit, qui eum locum sic expressit, ut diceret esse & ex constitutione Imperatoris nostri proditam condictionem ex lege; indicans apud Iustinianum ita scriptum fuisse, & nunc quoque legi debere: *item ex lege condicticia nostra constitutione*, vel, *ex nostra constitutione oritur*, & illa verba *ex lege condicticia* sic accipienda esse, ut significetur condicticia actio ex lege, quæ ex constitutione quoque Iustiniani oriatur in facti specie illic proposita.

VII. *Quadrupli autem agitur*. In quadruplum quinque sunt actiones, ex quibus quatuor hic recensentur: furti manifesti: de qua in §. *pœna*, *supra de obl. quæ ex del.* Quod metus caussa: de qua in *L. item si cum §. 1. D. quod met. cau.* Adversus calumniatores: de qua hic & in *L. 1. D. de calum.* Quæ, cui, & in quem detur, in *L. 3.* & deinceps *eod. tit.* Adversus exsecutores litium, qui plus quam his debetur, exegerint a reis sportularum nomine: de qua hic in vers. *item ex lege*, ubi quæ sit vera lectio & sententia loci, supra ostendi in §. *tripli*. Quintam adiiciemus, vi bonorum raptorum: de qua *supra tit. de vi bon. rap.* & *L. 1. D. eod.*

VIII. *Sed furti quidem nec manifesti*. Monet hoc loco usque ad §. *actionum autem*, quod præcipue in superioribus actionibus cavendum sit; non sic superiores actiones in duplum, triplum, aut quadruplum esse constitutas, ut ex omnibus statim duplum, triplum, aut quadruplum exigere liceat ab eo adversus quem constitutæ sunt, nec eam pœnam liceat reo evitare: sed banc esse differentiam inter eas, ut quædam ex his omnimodo dupli sint, tripli & quadrupli; id est, ita sint constitutæ, ut statim hæc possint exigi, nec possit earum rerum condemnatio evitari: quædam, in quibus pœnam evitare liceat reo. Prioris generis omnes, quæ in diversa caussa nominatim non habentur: ex quibus hic commemorantur tres: furti nec manifesti in duplum; servi corrupti, quæ & ipsa in duplum est; de quibus initio huius §. item furti manifesti in quadruplum; de qua in §. *item actio*, seq. in fin. Sed sunt in hoc numero etiam aliæ; ut illa quæ est in triplum, de qua in §. *tripli supra* ut actio vi bonorum raptorum in quadruplum. *L. 1. vi bo. rap.* Et generaliter, ut dixi, quæ non sunt eiusmodi, in quibus nominatim lege pœnam evitare conceditur. Quod conceditur interdum; sed & hoc non uno modo. In eo hæc varietas istius generis actionum est triplex. Constituuntur enim in duplum aut quadruplum sub conditione, alias si reus solutionem rei petitæ differat, & expectet, donec in ius vocetur: huius generis est actio de legato venerabilibus locis relicto; de qua hic. Alias si reus non distulerit tantum, sed iudicio conventus hoc adiecerit ad frustrationem, ut infitiaretur se debere, & adversus infitiantem lis sit contestata: cuius generis duæ: actio damni iniuria ex lege Aquilia, & depositi interdum, ut hic loquitur Iustinianus: nempe ex iis caussis, ex quibus in duplum datur actio ex edicto. *d. L. 1. §. 1. D. dep.* Alias si non tantum rem distulerit reus, & sit etiam infitiatus se debere, atque hoc modo lis cum eo contestata; sed etiam ad extremum iudicio convictus iussus sit rem de qua agitur restituere, neque restituerit: quod accidit in una specie actionis, quod metus caussa: de qua in §. *item actio*, seq. *L. item si cum*, §. 1. & §. *hæc autem*, *D. quod met. cau.*

IX. Sed sive iam ab initio hæ actiones in duplum, triplum, quadruplum sint, sive ex eventu supra scriptis conditionibus: eveniet, ut in omnibus quærendum sit, quod sit hoc duplum, triplum, quadruplum,

plum, seu quomodo ista æstimemos. Et animadvertendum est duabus ex rebus æstimari; quantitate simpli, ex cuius ratione duplum aut triplum dicitur: & ex huius simpli in duplo, triplo comprehensione, aut remotione. Necesse est enim ista crescere, aut minui prout est simplum, quod duplatur, triplaturve. Sint enim centum aurei in simplo; duplum erit ducenta: sint in simplo ducenta; duplum erit quadringentorum. Eademque tripli & quadrupli ratio est. Sed & simpli quantitate inventa, eadem mentio dupli, tripli, & quadrupli incidet, si aut in duplo & reliquis computabimus simplum, aut simplo non computato ista volemus præstari. Quapropter in harum rerum æstimatione duo hæc constituenda sunt, primum quod sit illud simplum, ad cuius rationem duplum, & cætera dici volumus: deinde an in his simplum computemus, necne. De utroque breviter sic habendum. Simplum in omni actione vocamus, quod actori abest, quodque esset præstandum, etsi nulla pœna amplioris summæ lege esset constituta, *supra de vi bon. rap.* in pr. *L.* 1. *D. de calumniat. L. item si cum. §.* 1. *§. quadruplatur, D. quod met. cau.* Huius simpli duplum, triplum, quadruplum intelligendum est.

X. Cum autem quæritur, an in duplo & cæteris simplum computari debeat, dicemus, nisi qua nominatim constituta sit lege actio, qua separatim & ultra duplum, triplum, quadruplum petatur Id quod nobis abest, semper in duplo, triplo, quadruplo simplum connumerari, ut in actione de servo corrupto; *L.* 1. *D. de ser. cor. vi bonorum raptorum, §. vi autem, supra eod. L.* 1. *D. vi bon rap. quod metus caussa, §. item actio. infra,* & similibus, de quibus in *§. vi autem,* ver. *item mixta, §. tripli. supra eod.* Tunc solum dupli & quadrupli solidi præter simplum persecutio est, cum rei persecutio extrinsecus est lege constituta, quod declaratur in *§. ult. supra de obl. quæ ex del.* exemplo actionis furti; quæ sive sit dupli, sive quadrupli dicitur tantum ad pœnæ persecutionem pertinere hac ratione, quod ipsius rei persecutionem extrinsecus habeat dominus.

Actionum autem.

§. XIX.

Exce-

Digitized by Google

Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti iuris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei iudicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.

I. A*It, actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti iuris.* Quarta est divisio actionum, pertinens & ipsa ad actionis institutionem & persecutionem recte informandam. Est autem hæc vis atque usus divisionis. Ducta est divisio ex potestate iudicis in quoque genere actionis: ex potestate indicans id quod usum actionis continet, quid scilicet quantumque pro hac potestate, & natura horum generum petere ac consequi liceat officio iudicis: si quidem hæc potestas ad tribuendum aut denegandum id quod petitur, pertinet. Quid ergo differt hæc divisio a prioribus duabus; quarum altera contineri diximus quid liceat petere, altera quantum liceat? Et hoc differt, quod priores ostendunt, quid & quantum liceat petere pro ea quantitate, quæ conventione aut iure certo definita est: hæc, quid quantumque amplius liceat pro potestate & officio iudicis, nulla neque conventione neque iure certo definitum. Quod ita recte docetur, si in his actionibus declaretur, quæ sit ista potestas iudicis. Id totum quale sit, cognita divisione primum; tum huius generibus, quæ sint, & quam vim habeant; postremo horum generum partibus, intelligetur. Et sunt omnia hæc delibata hoc loco: sed delibata tantum, non exposita: ut non parum sit in singulis, quod dubitetur, & quod cognoscere cupienti ad quærendum & explicandum relinquatur. De his ergo dicam ordine, quantum ad huius divisionis intelligentiam & institutum sufficere videbitur.

II. Divisio ita proponitur; quasdam actiones bonæ fidei esse, quasdam stricti iuris. Hic statim occurrit, quod quæratur de ipsa divisione, seu de membris divisionis. Nam alia videri possunt hic falso posita; quædam quæ adiici debuerant, esse omissa: ut partim falsa sit, partim manca divisio. Statuuntur hic actiones stricti iuris, quæ & ipsæ cum distinguantur ab actionibus bonæ fidei, simul & bonæ fidei esse negantur. Quid ergo, si horum utrumque falsum est? Certe nullas esse stricti iuris prima fronte existimari potest ex eo iure, quo constitutum est, in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ æquitatisque, quam

quam stricti iuris rationem. *L. placuit*, *C. de iud.* Si in omnibus rebus, etiam in actionibus. Quod si in actionibus stricti iuris ratio non habetur, non possunt dici actiones esse eius iuris, quod in illis non servatur. Sed & omnes actiones saltem quæ fiunt ex contractu, esse bonæ fidei, nullas non bonæ fidei, effici videtur illa altera sententia iuris constituti, quæ traditur in *L. bonam*, *C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Unde enim actiones bonæ fidei, nisi quia in his præstantur omnia ex bona fide, id est in summa, quia in his bona fides spectatur? de quo paulo post. Quare si in contractibus omnibus, eoque & in actionibus, quæ inde nascuntur, pariter spectatur bona fides, necesse est easdem illas actiones, cuiuscunque modi sint, etiam si ex stipulatu, bonæ fidei esse existimari. Aut ergo falso dicuntur actiones quædam esse stricti iuris, & nec bonæ fidei, aut videndum, quomodo ista conveniant cum superioribus sententiis. Nihil vero in his propositæ divisioni adversatur.

III. Nam quod dicitur in *L. placuit*, *C. de iud.* nullis in rebus stricti iuris habendam rationem, illic verbum *iuris* ius constitutum significat eodem modo, quo ius naturale, gentium, & civile dicimus. Sane ius constitutum si summum & strictum est, ut constitutio nominat, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, id nunquam sequimur; sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legis; exemplum in *L. non eo minus*, *D. de proc.* Et quidem hoc sensu concedendum est nullas esse actiones stricti iuris, id est, nullas tales, in quibus stricti illius iuris potius, quam æquitatis ratio habeatur. At hic cum dicuntur quædam actiones esse stricti iuris, ius non constitutum, sed potestatem significat, ut paulo post dicetur: nec aliud est quasdam actiones esse bonæ fidei, quasdam stricti iuris, quam quasdam esse liberæ potestatis iudicis, qui æstimare possit quidquid est ex bona fide, ut significatur in *§. in bonæ. infra*, quasdam adstrictæ potestatis iudicis, quia in his huius potestas certis finibus inclusa sit, & adstricta, ut verbum ipsum indicat. Quod si vere ita se habet potestas iudicis in actionibus, ut certe habet: perspicuum est genera superiora duo hinc ducta, recte item statui, & alterum ab altero recte distingui. Nec minus recte, quæ stricti iuris sunt, sic a prioribus distinguuntur, ut sint & ipsæ non bonæ fidei, ut quidem bonæ fidei actiones hic & passim in usu iuris nominantur. Certe quasdam actiones, seu quædam iudicia non esse bonæ fidei diserte scriptum est in *L. 3. §. 1. D. de usur.*

IV. Quod autem dicitur in *L. bonam*, *C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus spectari; non nego recipiendum in contractibus omnibus. Nam nec in contractibus stricti iuris quidquam dolo malo, & non bona fide gestum, ratum est. *L. dolo*, *C. de inut. stip.* Non nego etiam in ea sententia bonam fidem ita accipi, ut tunc, cum dicimus actiones esse bonæ fidei, item iudicandum ex bona fide: ut scilicet significetur, officium boni viri considerandum in contractibus, ne quid adversus id fiat: de quo verbo postea. Spectanda igitur bona fides in contractibus omnibus, & eo spectanda, ut sequamur. Sed videndum, quatenus; videndum, an eodem modo in contractibus stricti iuris, quo in contractibus bonæ fidei. De quo cum extet certi iuris distinctio aliis locis tradita, quæ indicatur in *§. ult. Inst. de obl. ex conf.* illinc sumere oportet, quo id quod hic obscurum est, explicetur. Dicendum igitur, spectandam in strictis etiam iudiciis bonam fidem; verum ita, non ut quid præstetur, de quo non convenerit, etiam si sit ex bona fide id præstari: quod solum proprium est iudiciorum bonæ fidei: *d. §. ult. Inst. de obl. ex conf. L. quia tantundem*, *D. de neg. gest.* sed contra, ut si quid convenerit, quod subtilitate iuris videatur præstandum, ne præstetur, si sit contra bonam fidem. *d. L. dolo*, *C. de inut. stip. L. si quis cum aliter*, *D. de verb. obl.* Unde merito hæc iudicia dicta non bonæ fidei; quia deest id, quamobrem actiones bonæ fidei appellantur. Sic enim dicuntur eæ, in quibus res tota æstimatur ex bona fide per omnia: id est, non in unam aliquam partem, sed in utramque, sive quid præstandum sit, sive non sit: & maxime si id agatur, ut quid præstetur ex bona fide, quamvis de eo nihil dictum, promissumve sit. Quod cum non fiat in actionibus stricti iuris; & maxime cum in his id desit, quod est actionum bonæ fidei proprium, ut quid præstetur hoc ipso, quia bona fides id postulat: non mirum, si iis non tribuitur nomen, quibus deest caussa & ratio nominis. Sed fient hæc planiora & certiora, cum quid sit horum unumquodque, & cur ita vocetur, cognoverimus. Statuuntur ergo recte hac divisione genera hæc duo, ut actionum quædam sint bonæ fidei, quædam stricti iuris, quorum utrumque vere tale est, ut vocatur, distinguiturque recte alterum ab altero.

V.

V. Sed his generibus recte constitutis, saltem videbitur superesse illud alterum vitium, ut manca sit divisio. Statuitur enim postea a Iustiniano in §. *praeterea*, tertium genus distinctum, ut videtur, a superioribus, arbitrariarum actionum. At hoc si aliud est, vere omissum est in hac divisione. Quaerendum igitur ad vim & sententiam divisionis, sintne haec duo tantum genera, quae hic posita videmus: an tria, ut efficere videtur §. *praeterea*: & si tria, quomodo effugiamus, ne sit vitiosa divisio. Et vulgo sic divisionem acceperunt, ut velint esse plenam, & sicut duo tantum illa genera Iustinianus proponit, ita & velint tantum duo haec esse, ut aut bonae fidei sint actiones, aut stricti iuris: ne scilicet si dederint ei aliquam speciem deesse, cogantur fateri esse vitiosam. Confirmaturque haec sententia ex *L.* 3. §. *in hac*, *D. com.* ubi haec quoque genera tantum duo commemorantur iudiciorum, bonae fidei, & strictorum. Cum autem obiiciuntur actiones arbitrariae ex *d.* §. *praeterea*, respondent arbitrarias actiones novum genus non constituere, sed ad eadem illa genera referri: esse enim stricti iuris, seu actionum stricti iuris speciem. Nos autem ita statuemus tertium hoc genus esse distinctum maxime a superioribus, ut arbitrariae neque sint bonae fidei, neque stricti iuris. Tale id genus statuit aperte Iustinianus in *d.* §. *praeterea*, cum ait *praeterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus*. Praeterea, id est, praeter superiores, ut intelligeremus arbitrarias alias esse a prioribus. Nihil ad rem pertinet, quod dixit quasdam arbitrarias appellari, non autem esse. Ideo enim sic appellantur, quia revera sunt arbitrariae, & ex arbitrio iudicis pendentes, ut ibidem declarat. Sed & definitiones arbitrariarum, & stricti iuris, actionum repugnant. Nam in actionibus quoque arbitrariis sic accipitur arbitrium ut permittatur iudici ex bono & aequo aestimare, quemadmodum actori satisfiat *d.* §. *praeterea*. Non idem licet iudici in stipulationibus, & similibus actionibus stricti iuris, ut colligere est ex §. *ult. Inst. de obl. ex consf.* Quod si testimonium veterum quaeritur, non est obscurum in *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* ubi cum Marcianus initio dixisset in litem iurari in actionibus bonae fidei, item in rem, & ad exhibendum, quae sunt arbitrariae, ut dicemus ad §. *praeterea*, *infra* subiunxit per adversativam; *plane interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum*: aperte declarans eas de quibus loquutus erat, stricti iudicii actiones non esse. Sed multo apertius Papinianus, & quidem ita, ut nullus sit dubitationi locus, tria haec genera distincte posuit eodem loco in *L.* 3. §. 1. *D. de usur.* bonae fidei, arbitrarias, & quae neutrum horum essent, quas dicimus stricti iuris. Verba haec sunt: *In his quidem iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori caussa praestanda est*. Sunt ergo primum duo haec genera actionum, citra controversiam distincta, arbitrariae, & quae sunt bonae fidei. Est & tertium quoddam ab his duobus sententia Papiniani plane seiunctum, quod ille ita describit, ut dicat esse id iudicium, quod nec sit arbitrarium, nec bonae fidei. Id autem aliud intelligi non potest, quam id quod nominatur in hac divisione, actionum videlicet stricti iuris. Ita plane actiones arbitrariae non sunt stricti iuris; sed toto genere ab his diversae: fiuntque hic omnino, ut dixi, tria illa genera, ut quaedam sint bonae fidei, quaedam stricti iuris, quaedam arbitrariae.

VI. An non ergo vitiosa est hic divisio, quae duo priora tantum posuit, tertium omisit? Esset vitiosa, si in his membris duobus constitisset Iustinianus, nec tertium postea ad ea priora adiiceret. Nunc autem tertium istud statim & continenter ab illo subiicitur in *d.* §. *praeterea*: ut perinde id haberi debeat, quasi eodem loco tres illas species proposuisset. Incivile porro est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.* Recta igitur haec divisio, in qua & species ipsae verae, nec minus inter se distinctae statuuntur, & numerus congruit. Tantum ut in numero specierum meminerimus non in his duabus, quae hic proponuntur, esse consistendum; sed tertium illud adiiciendum, quod & postea adiicitur a Iustiniano in §. *praeterea*: ut efficiatur divisio tripartita, cuius species duae hic, & §§. *duobus sequentibus* tractantur; tertia in *d.* §. *praeterea*, continenter, & uno ductu divisionis.

VII. Divisione posita, deinceps quae sint bonae fidei actiones, quae stricti iuris, & quam vim habeant, ordine videamus: ac primum quae sint, & unde ita appellatae. Actio bonae fidei dicitur, in qua libera potestas est iudici aestimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide praestare oporteat. Descriptio pene totidem verbis expressa in §. *in bonae*, *infra hic* & *L.* 5. in pr. *D. de obl. & act.* Itaque duae res iudicium bonae fidei constituunt

stituunt, distinguuntque a cæteris actionibus, libera potestas æstimandi arbitrandive iudici tributa; & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei inclusa. Quæ partes ab effectis facile notari possunt. Nam ex libera ista potestate hæc fiunt.

VIII. Dicuntur enim hæc iudicia a nostris passim arbitria; & iudex in his datus, arbiter. *L. arbitrium. L. in iudicio. L. ult. D. fa. erc. L. coheredibus. C. eod. L. pro socio, D. pro soc.* Cicero *lib.* 3. de Off. *Quintus quidem Scævola Pontifex Maximus summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex bona fide; fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis.* At hæc omnia iudicia sunt bonæ fidei, quæ vocat arbitria. Atque hinc appellatio, quod in his res committitur arbitrio iudicis, id est, liberæ potestati æstimandi pro officio boni viri: id enim arbitrii verbum continet. *L.* 1. *D. de leg.* 2. Hinc & iudicia his contraria dicta stricti iuris, & stricta. Cur enim stricta, nisi quia priora illa quibus opponuntur, sunt libera, & liberi iuris? Ex bona autem fide natum nomen generis. Unde enim dictæ actiones bonæ fidei? Nempe ex re nomen, ut ideo ita dicantur, quia hic omnis æstimatio & condemnatio iudicis est ex bona fide, seu in id quod ex bona fide quemque præstare oportet. *L. quære*, in pr. *D. loca.* Et partes quidem huius generis ita se habent. Sed ex his ipsis partibus de nomine potest dubitari.

IX. Cum enim hæ partes duæ sint, cur non potius ex potestate æstimandi libera, quæ in his quoque inest, dicta sunt iudicia libera: cum præsertim quæ his opponuntur, ex ipsa potestate iudicis, quia adstricta est, dicantur stricta? Id caussæ est, quod quæ sunt bonæ fidei, ex priore parte dici non possunt; ex posteriore recte designantur. Nam si simpliciter dixerimus libera, unam tantum partem complexi fuerimus libertatem, altera parte omissa. Atque hoc modo etiam falsum dixerimus, quia non sunt absolute libera. At qui dixit esse ea, in quibus res iudicetur ex bona fide, utrumque dixit, & bonam fidem in his spectari, & dum iudicetur ex bona fide, hactenus omnia esse libera. Id autem significatur satis, cum dicuntur esse iudicia, & actiones ex bona fide, seu bonæ fidei. Hinc nomen; cui recte opponuntur iudicia stricta, dum hoc verbo removere volumus non tantum absolutam potestatem, sed hanc ipsam ex bona fide iudicandi.

X. Quæ cum videamus ita esse, si quis adhuc quærit, unde nomen bonæ fidei actionum sit natum; non videtur anxie ex formulis veterum iudiciorum repetendum longius, quod est in re, & ipsum per se est in promptu; fatemur enim in his iudiciis liberam potestatem iudici datam ex bona fide iudicandi, etiam hodie, quo tempore formulæ & interpretationes actionum sublatæ sunt. *C. de for. & imp. act. sub.* Proinde in promptu est ex hac ipsa potestate recte dictas esse bonæ fidei actiones; utpote, ut dixi, ex re nomen. Sed quæretur fortasse amplius, unde fuerit hæc potestas ab initio, ut si sit ex vetere formula, recte inde ducatur eius origo, & nomen. Dici enim potest nomen quidem esse a potestate iudicis; sed potestatem esse ex formula. Ita primam caussam & originem nominis ex formula. Sed ne hoc quidem de potestate iudicis recte dicetur.

XI. Dabat quidem olim prætor iudices, ut fere mos erat in iure dicundo; dabat & iudicii formulam. Et in his ipsis actionibus, quas bonæ fidei vocamus ita iubebat iudicari, ut adderet, ex *bona fide*, aut quæ verba idem valerent, *Quod æquius melius; Ut inter bonos bene agier oportet*, & *sine fraudatione*, ut indicat Cicero in Topicis in *loco a caussis:* item *lib.* 3. *de Off.* ubi agit de dolo malo, uti fuerit vindicatus legibus. Ex quo & potestas iudicis; quæ ultra id quod in iudicium ex formula deductum erat, excedere non potuit. *L. ut fundus, D. com. divi.* Sed proxima tantum caussa hæc fuit, & quæ per se nihil valeret. Cæterum ipsa formula aliam caussam superiorem habuit, a qua penderet hæc potestas omnis; non utique voluntatem & conceptionem prætoris, sed ius, quod præscribebat prætori hanc ipsam formulam; cum ita placeret esse formam iurisdictionis, ut prout esset actio, ita proponeret prætor convenientem cuique iudicii formulam; in bonæ fidei actionibus liberam faceret potestatem iudici ex bona fide iudicandi; in strictis rem certam diceret, in quam iuberet præcise condemnationem fieri; eumque ordinem non solebant pervertere prætores, atque adeo non poterant, nisi contra naturam cuiusque iudicii vellent facere, id est, contra ius, quod eam naturam præscripserat. A iure igitur hæc potestas omnis, non a formula; ut cum constiterit potestatem ex bona fide iudicandi iure dari, si de iure quæritur,

Digitized by Google

ritur, sit constitutum, ubi quiescere debeamus. Si de nomine actionis; sit & huius nominis ratio ex eo iure statim exposita. Est enim omnino consequens rei, ut in qua actione res iudicatur ex bona fide, ea dicatur bonæ fidei. Faciet etiam hæc cognitio, ut quamvis hodie sublatæ sint formulæ & impetrationes actionum; tamen non eo minus statuamus & nomen vetus, & rem ipsam huius generis actionum etiam nunc manere; quia formulis sublatis nihilominus caussa utriusque rei manserit, id est, ius quod huic generi caussam & formam dedit, non vetus prætoris formula: hæc enim ex iure, non ius ex formula. Prodest tamen cognitio veterum iudiciorum, & formulæ in his iudiciis ad eius ipsius iuris, quod dixi, confirmationem, ut cum animadverterimus ita formulam fuisse in iure dicundo, ut in bonæ fidei iudiciis liberam potestatem tribueret iudici ex bona fide iudicandi; in iudiciis strictis contra: sciamus ita quoque ius fuisse, & hanc ex iure istorum iudiciorum naturam. Quo de more si quis plura desiderat, multi docti viri scripserunt nostra ætate, quorum e scriptis licet petere. Optime & accurate Duarenus in commentario de in litem iurando.

XII. De nomine actionum bonæ fidei illud observandum, dici etiam has actiones interdum eas quæ ex bona fide descendant, pro eo quod est esse bonæ fidei, ut apud Iustinianum in *L. unica*, *§. sed etsi non ignoramus*, *C. de rei uxo. act.* apud Paulum in *L. domum*, in fin. (etsi locus totus videtur ex dictione a Triboniano interpolatus) *D. de contr. em.* Quod quidem proprie dici non potest, ne forte hæc loquendi ratio nos fallat. Quæ enim actiones bonæ fidei sunt in contractibus, ut empti, venditi, locati, conducti, mandati, pro socio, & similes, eæ omnes ex contractu nascuntur. *§. rei persequendæ supra eod.* id est, ex contractu descendunt. *§. sed ista supra eod.* Non ergo ex bona fide: quid enim si res mala fide gesta est? non potest dici actio descendere ex ea fide, quæ nulla est. Nec quidquam ad rem pertinet, si bonam fidem eam intelligemus, quæ postea præstari debeat. Nam cum nondum sit præstita, ne sic quidem potest dici actio ex ea fide, quæ non est, descendisse. Et ut forte res bona fide gesta sit, semper tamen actio ex contractu, non ex bona fide; cum etsi abesset a contractu bona fides, nihilominus eadem futura esset actio. Sed cum ipsi contractus, ex quibus illæ sunt actiones, dicantur & ipsi contractus bonæ fidei, quia maxime ex bona fide legem accipiant: *L. eum qui*, *D. de don. L. huiusmodi §. qui servum D. de leg.* 1. *L. mora §. in bonæ*, *D. de usur. L. contractus*, illic; *sed hæc ita*, *D. de reg. iur.* συνεκδοχικῶς nomen partis hic usurpatur pro toto, ut dicantur actiones descendere ex bona fide, quæ descendunt ex iis contractibus, qui hanc fidem adiunctam habent. Illud omnino durum est, quod Paulus ipsos contractus bonæ fidei dixit descendere ex bona fide. *lib.* 2. *rec. sent. tit.* 17. Ut enim contractus ex se ipsis descendere dici non possunt, sic multo minus ex sua parte. Denique contractus omnis nullam aliam caussam præcedentem habet, unde nascatur, nisi consensum, & si quid ad consensum accedere debet, ut res, verba, literæ.

XIII. Stricti iuris actiones quas vocemus, ex contrario intelligitur. Nam si bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas est iudicii ex bona fide rem æstimandi: stricti iuris sint, oportet, eæ, in quibus hæc potestas non est libera. Et verba stricti iuris optime conveniunt, atque adeo hoc ipsum exprimunt. Nam ius inter cætera potestatem significat: ut in illa divisione personarum, cum dicimus quosdam esse sui iuris, quosdam alieno iuri subiectos, hoc significatur quosdam esse suæ potestatis, quosdam alienæ potestati subiectos. *L.* 1. *D. de rer. divi.* Strictum autem valet adstrictum. Hoc sensu actio stricti iuris idem declarabit, quod actio strictæ seu adstrictæ potestatis. Hoc vero ipsum est. Est enim actio, in qua potestas iudicii certis rebus adstricta est, non ut in actionibus bonæ fidei libera: quod hac divisione atque his verbis intelligi volumus. Hanc significationem repugnantia generum exigit; usus veterum confirmat; iuris certi ratio omnem aliam excludit. Repugnantia manifeste exigit, postquam eas bonæ fidei esse dicimus, in quibus libera potestas permittitur iudici, ut est in *§. in bonæ*, *infra* cui non recte opponitur, nisi id, in quo hæc potestas est adstricta. In usu iuris etiam hæ actiones dicuntur iudicia stricta, ut *L.* 3. *§. in hac. D. com.* item actiones stricti iudicii, ut in *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* ubi apparet stricti verbum non ad ius publicum strictum, sed ad iudicium ipsum, quod sit adstrictum, referri. Non est autem iudicium adstrictum, nisi in quo eadem non licent, quæ in alio licent libere. Sed tamen & de hac mente posset dubitari, nisi utriusque generis & verbi vim expressisset Seneca

ca alludens ad horum iudiciorum morem & formulam veterem *lib. 3. de Benefi.* his verbis: *Melior videtur conditio caussæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos quos non excedat terminos ponit; huius libera & nullis constricta vinculis religio est.* Est ergo huius potestas nullis vinculis constricta: illius inclusa certis terminis, & certis vinculis constricta. Ex quo iudicii stricti, seu constricti nomen. Atque ut hæc significatio rei & usui veterum congruit; ita aliam significationem verbi *iuris* in hac divisione res ipsa & ius certum repudiat.

XIV. Alterutrum enim necesse est, ut cum nominamus quasdam actiones stricti iuris, hic ius accipiamus aut ius constitutum, aut potestatem: ut sit sensus, actiones has esse, in quibus aut res æstimetur ex stricto iure, aut potestas iudicii sit constricta seu angusta. Nihil enim est tertium in significatione huius verbi, quod huic divisioni conveniat. At quominus de iure constituto stricto, id est, summo interpretemur, prohibet illa sententia iuris certi, de qua initio dixi, in omnibus rebus stricti iuris non haberi rationem. *L. placuit, C. de iud.* Quapropter relinquitur altera significatio cæteris rebus omnibus per se ipsa huic divisioni optime conveniens, ut interpretemur strictum ius strictam potestatem actionis & iudicii, quæ & vere in his iudiciis stricta & angusta est.

XV. Neque aliter accipere oportet, quod est apud Iustinianum in *L. unica, §. sed etsi ignoramus, C.* de rei uxor. act. *actionem ex stipulatu stricto iure esse vallatam*, pro eo quod est actionem hanc esse stricti iuris. Hoc sentit, certe ex verbo *vallatam* hoc sentire arguitur, actionem esse stricta seu adstricta potestate circumscriptam. Nam vallatam dixit pro certis terminis tanquam vallo circumdatam & inclusam. At hoc nihil aliud est, quam quod paulo ante Seneca dixit, *actionem esse, in qua iudex formula includitur, & intra certos quos non excedat, terminos cobibetur.* Quod quidem ad potestatem iudicii his rebus constrictam referri manifestum est. Et hoc dicere fortasse melius est, quam fateri Tribonianum in ea constitutione non satis vim verbi antiqui iuris percepisse. Quanquam ne admodum nobis necesse sit de eo loco conciliando laborare; fatendum est Tribonianum eo loco parum commode de his generibus locutum esse. Certe parum commode dixit *actionem ex stipulatu non ex bona fide descendere*, pro eo quod est non esse actionem bonæ fidei. Potest enim ea actio descendere ex bona fide, id est, ex stipulatione bona fide contracta, quamvis nec ipsa stipulatio sit contractus bonæ fidei, ut nunc vocamus, nec actio, quæ inde nascitur bonæ fidei. Potest tamen defendi sic recte dici non descendere ex bona fide, ut intelligatur non descendere ex contractu bonæ fidei: parte posita pro toto, ut paulo ante ostendi in verbo actionis bonæ fidei. Utcumque est, si stricto iure vallatam intellexit Tribonianus eam, quam stricti iuris intelligi debere diximus, recte sensit, & veterum sententiæ convenienter. Sin eam quæ stricto, id est, summo iure utatur, seu in qua summi & stricti solum iuris ratio habeatur; agnoscendum est dictum ab illo parum commode.

XVI. Nec melius Theophilus, cum de strictis iudiciis ita scripsit in §. *in bonæ, infra* ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος: si modo id sensit, quod verba exprimere videntur, *in quibus stricti & summi iuris ratio habetur.* Est enim adversus *d. L. placuit, C. de iud.* Et præterea repugnantiæ generum, quam lex rectæ divisionis exigit, item usui veterum adversatur.

XVII. Postquam quæ dicantur actiones bonæ fidei, quæ stricti iuris, & unde, tenemus, sequitur cognoscamus, quæ sit ista potestas iudicii, quam his actionibus tribui, & a qua hæc genera distingui diximus: tum quæ ea potestate contineantur. In quo cernitur vis atque usus huius divisionis: quam unam ob caussam hæc genera proponi & cognita habere oporteat. In bonæ fidei iudiciis liberam potestatem esse diximus iudici æstimandi, ex §. *in bonæ infra:* sed æstimandi ex bona fide, ut est in *L. 5.* in pr. *D. de obl. & act.* In strictis iudiciis contra. Quapropter si scierimus, quid sit hoc ex bona fide, & quid contineat, potestatem utriusque iudicii cognoverimus. Principio hoc generaliter statuendum est, ex bona fide valere ex æquo & bono. Quod enim Caius in *d. L. 5. de obl. & act.* dixit *in actionibus bonæ fidei agi de eo, quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet*, id ipse idem in *L. 2. eod. tit.* sic expressit, *ut diceret in his alterum alteri obligari de eo, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet.* Eodem modo Iustinianus explicat in §. *in bonæ, infra.* Hinc qua in actione olim addebatur *Quod æquius melius*, qualis fuit rei uxoriæ actio, ut scribit Cicero *Lib. 3. de Offic.* & significatur in *L. pen.* in

in fin. *D. sol. mat.* (unde hæc eadem dicitur in bonum & æquum concepta in *L. eas*, *D. de cap. min.*) ea dicitur actio una esse ex bonæ fidei iudiciis in *§. fuerat*, *infra eod.* Quod non alia de caussa dici potest, quam quod id ipsum quod est æquius melius, est ex bona fide; & quod ex bona fide, idem æquum & bonum. Sed & idem Cicero eodem *Lib. 3. de Off.* inter exempla eorum arbitriorum, quibus addebatur olim ex bona fide, numerat fiduciam, genus contractus vetus apud Romanos: cuius tamen in iudicio paulo ante scripserat addi illa verba aurea, *ut inter bonos bene agier oportet*, *& sine fraudatione*. Quæ non cohærent, nisi hæc ipsa, quæ inter bonos & bene aguntur, sint eadem etiam ex bona fide. Inde etiam illud Tryphonini in *L. bona*, *D. dep.* bona fides, quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderat.

XVIII. Quo loco etiam necessario oritur quæstio de verbi significatione. Quid enim, an idem est bona fides, quod æquum & bonum? Nemo dicet: neque enim cum dicimus aliquem bona fide possidere, hoc significamus eum possidere ex æquo & bono: cum possidere bona fide sit putare eum dominum esse a quo accipimus, quod est facti: æquum autem & bonum sit ius, quod factum tuetur, aut repudiat. Itaque tantum interest inter bonam fidem, & æquum & bonum, quantum inter rem facti, & iuris: inter quas tamen tantum interest, ut una alteri opponatur. *L. moræ*, in pr. *D. de usur*, *L. consilio*, in fin. *D. de cur. fur.* Dicet aliquis, bonam fidem quidem non esse æquum & bonum: sed tamen in contractibus bonam fidem hoc ipsum efficere, ut præstari debeat, quidquid est æquum & bonum, quasi prius de eo fides sit interposita, ut sit bona fides, huius præstationis caussa; præstatio, bonæ fidei effectus. Sed ne hoc quidem videtur ex significatione verbi dici posse. Scimus enim quid Latinis sit fides. *Est*, inquit Cicero Lib. 1. de Offic. *dictorum conventorumque constantia & veritas: sic dicta, quia fiat, quod dictum est.* Ex quo intelligitur non esse fidem, eoque nec bonam fidem extra quam dictum quid, promissumve est. At quam multa sunt in contractibus bonæ fidei, quæ servantur ex æquo & bono, de quibus prius nihil promissum aut dictum etiam omnino est, eoque ubi nulla fides est data? Nam ut postea dicetur, ex hac æquitate præstantur pleraque, de quibus nihil convenit, Plerasque contra fide de his data, non præstantur. Ex quibus illud sine fide & conventione fit: hoc etiam contra fidem datam: ut dici quidem possint fieri illa ex bono & æquo; at certe non possint ex fide, sive bona sive mala, quoniam de his nulla fides data sit. De quibus sic habendum puto.

XIX. Non sunt, ut dixi, hæc eadem, aut idem significantia, bona fides, & æquum & bonum, seu æquitas. Unde bene Tryphoninus bonam fidem quæ in contractibus exigitur, dixit non summam æquitatem esse, sed *summam æquitatem desiderare*, ut illa res diversas esse intelligeremus: nulla enim res dicitur seipsam desiderare, sed aliam. Sed si in contractibus bonæ fidei fides datur ex officio boni viri de omnibus iis præstandis, quæ sunt ex æquo & bono: recte bona fides dicetur illam æquitatem desiderare: quia bona fides, quæ inde exigitur, ut caussa hanc præstationem tanquam effectum pariat. Ego autem illa omnia, quæ in contractibus bonæ fidei ex æquo & bono præstari dicimus, præstari existimo ex bona fide, eaque data, ut fidem a Cicerone definiri supra diximus. Non præstantur omnia ex fide aperte data, quia sæpe de his nihil nuncupatum est verbis: sæpe etiam præstantur quædam contra fidem aperte datam: at præstantur ex fide tacita, & ea, quæ ex his quæ geruntur, intelligitur. Sciendum est enim in iis contractibus & caussis, quæ sunt bonæ fidei, negotium alios cum aliis gerere, in quo gerendo vultu & oratione se viros bonos præstituros iis cum quibus res est, pollicentur: certe hoc ipso, quod se contrahere velle dicunt, & aliquid consequi, tales se videri volunt. Nam cum sint ea negotia, ut postea dicetur, quæ mutua præstatione & obligatione constent: primum quidem hoc constat ita unumquemque erga se affectum esse, ut cupiat ab eo, cum quo contrahit, sibi omnia in eo negotio recte præstari, & ex boni viri officio. Quod quia ab illo tacite exigit, valde consentaneum est existimari ipsum, ut hoc ab illo impetret, eadem vicissim & de se polliceri. Et quidem ea vis est honesti in animis nostris, ut etiam qui vivunt turpiter, & reipsa fraudant, tamen rebus externis boni viri haberi velint. Bene igitur, & rei ac verbo convenienter factum, ut qui contrahunt, cum in negotio ea præstant, quæ viros bonos decet, id est, quod æquum & bonum est præstari, dicantur præstare ex bona fide, id est, ex eo quod prius vultu, gestu, & oratione pollicebantur, ac veluti se præstitu-

ftituros fidem dabant. Ut nihil aliud fit ex fide bona, quam ex officio bonorum virorum, quales fe omnes hic profitentur, & haberi volunt. *L. fi in lege*, in pr. *D. loc.* Hoc vero officium, fummam illam æquitatem defiderat, quam Tryphoninus dixit. Ergo & bona fides, quæ hoc officium pollicetur, ac promiffum exigit. Idque ipfum eft, quod Cicero *lib.* 3. *de Offic.* fcribit, Quintum Scævolam Pontificem Maximum dicere folitum, *magnam vim effe in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonæ nomen manare latiffime: idcirco in his magni effe iudicis ftatuere, præfertim cum in plerifque effent iudicia contraria, quid quemque cuique præftare oporteret.* Magni, quia hoc ipfum magni effet & iuris periti iudicis ftatuere, quis effet vir bonus, quid ex æquo & bono, quæ omnia fidei bonæ verbo continerentur.

XX. Sed eo maioris, quod, inquit, *in plerifque effent iudicia contraria*, id eft, ut bene iudicio meo Duarenus accepit ad *tit. de in lit. iur. num.* 21. quod in plerifque iudicibus varia effent, & contraria de eo iudicia, ut & ille fcribit, quod iudices ipfi varie iudicarent, & aliud alii iudici videretur. Et vero id ita interpretandum omnino eft; non autem de iudiciis, id eft actionibus, contrariis, quæ directis opponuntur, ut in commodato, depofito, mandato, §. *ex quibufdam, infra de pæ. tem. lit.* Non enim profecto contraria iudicia funt in directis iudiciis, cum hæc & perfonis, & rebus ac præftationibus omnibus fint diftincta. *L. ei apud*, in pr. *D. depo. L. in rebus*, §. *ult. D. com.* Sed nec dici poffunt contraria iudicia generaliter effe in quibufdam bonæ fidei iudiciis, pro eo quod eft, inter bonæ fidei iudicia pleraque effe contraria: alioqui ita dicendum fuiffet Ciceroni, præfertim cum in bonæ fidei iudiciis pleraque effent iudicia contraria. Poftremo ut recte diceretur in plerifque iudiciis bonæ fidei effe iudicia contraria, pro pleraque effe contraria: tamen nihil hoc plane pertineret ad amplificationem Ciceronis, quam ille in his verbis intelligi voluit. Non enim eo maioris eft iudicis, & magis intelligentis tractare hæc iudicia, & ftatuere, quid quemque cuique præftare oporteret, quia inter hæc pleraque effent contraria. Immo contra ideo minoris & minus intelligentis iudicis tractare iudicia contraria, quam directa; quia in contrariis folum de una re agitur, id eft, de indemnitate eius qui agit: *d. L. ei apud dep.* directa autem multis & variis rebus ac præftationibus, iifque fæpe obfcuris continentur. Sed tunc vere intelligimus in directis iudiciis magni iudicis effe de his rebus ftatuere, cum audimus ita has res effe varias, quas quemque cuique præftare oporteat, ut fint etiam cognitu obfcuræ & difficiles, ac de his contraria fint iudicia in plerifque iudicibus. Sic enim intelligimus maxime perfpicacis effe iudicis videre ac deligere in his, quid fit rectum & æquum maxime.

XXI. Hoc intellecto de bona fide, magis tamen intellectum eft, quid fit in verbo, quam quid fit in re, de qua quæritur. Supereft enim adhuc illa quæftio, quid fit in his iudiciis ex æquo & bono, quid ex officio boni viri: quæftio si rem fpectes, eadem, certe non minus obfcura, quam illa quid sit ex bona fide; cum hoc ipfum ftatuere quid sit ex fide bona, ideo magni iudicis effe dixerimus, quia hic quæreretur, quid effet ex æquo & bono, quid ex officio boni viri. Et fuit olim res obfcurior, quæ ideo maiore eruditione & prudentia indigebat, cum nondum quid effet in hoc genere, comprehenfum effet ullo certo iure, aut interpretatione Iurifconfultorum. Poft ubi illa notata funt, & tradita ab his quorum fcripta extant in libris noftris, facta funt omnia certiora, quæ hic fequamur; fi tamen veterum fententias, quæ huc pertinent, recte accipiamus, & quæ funt ab illis tam varie tot locis sine ulla certa regula de hac parte tradita, ad certa genera, & ad certam aliquam præceptionem, quantum poteft, revocemus. In quo etiamnum ab eruditis laboratur. Nam ab Accurfio & fimilibus veterum iudiciorum ignaris iftarum rerum cognitio non eft expectanda. Et eorum, quæ in iudiciis bonæ fidei exiguntur ex fide bona, feu ex æquo & bono, quæ quidem horum iudiciorum propria sint, duo genera effe animadverto. Quædam funt in eo, ut præftentur, quanvis de his nihil convenerit, aut etiam dictum sit; quædam in eo, ut quanvis de his aperte verbis convenerit, ne præftentur. Utrumque quia ex fide bona, quia æquum & bonum. Ex his quæ præftanda funt fine ulla conventione, quædam omnimodo præftanda funt propter feipfa; quædam hac conditione, si quis facto fuo aliquid incommodi attulit adverfario.

XXII. Sine conditione ulla præftari placet, quæ funt moris & confuetudinis: id eft, omnia, quæ in huiufmodi negotiis in quaque regione frequentantur, & a contrahentibus inter ipfos de more præftari folent: veluti ut venditor evictionis nomine

mine duplam promittat. *L. quod si nolit*, *§. quia assidua*, *D. de ædil. ed.* Atqui hæc talia sunt plerumque, ut de his ab hominibus præsertim rerum & moris imperitis ne cogitatum quidem sit in re contrahenda. Sed sunt omnia eiusmodi, ut quia mos publicus ea iniungit, æquum sit ob hunc morem ea præstari. Si quid incommodi facto unius ex contrahentibus allatum sit ab adversario, id uti quæque res est, vindicari solet his iudiciis. Hac autem parte, tria genera factorum coercentur, quibus noceri solet adversario, reticentia dolusque omnis adhibitus in contrahendo; & rebus iam contractis rei deterioratio, & mora.

XXIII. Reticentiæ pœna adversus eos, qui eum cum quo contrahunt, ex officio bonorum virorum monere alicuius rei debuerunt, & contra officium cælarunt. De quo officio ita placuit, ut si ab initio intersit unius ex contrahentibus, quid scire, ne aliter obligetur, quam oportet, id si sciat alter, aperte dicere debeat, nec pati commodi sui caussa eum, qui ignorat, errare, veluti, in emptione si quid sit vitii morbive, si quid servitutum, si quid tributorum, si quid incommodi denique in re vendita, propter quod expediat emptori aut rem omnino non emere, aut non tanti, aut non differre eius usum longius; ut id dicat venditor emptori, quid sit, & dicat palam & aperte; non obscure vel ambigue, sed ita ut quivis intelligere possit id ipsum esse, de quo est controversia. Si cælet emptorem, aut fallendi caussa obscure loquatur, aut etiam insidiose obscure dissimulet, reticentiæ & dissimulationis pœna adversus eum constituta in id quod emptoris interest. *L. 1. §. 1. L. Iulianus*, *§. idem Iulianus*. *L. si sterilis*. §. 1. *L. in venditione*, *D. de act. empt.* *L. si vina*, *D. de per. & com. rei vend.* *L. quod sæpe*, *§. ult. L. ea quæ §. ult. D. de cont. empt.* Hoc ideo, quia cum bonæ fidei contrarius sit dolus; *L. 3. §. ult. pro soc. L. contractus*, *D. de reg. iur.* semper hunc a se abesse præstare debet, qui contrahit in iudicio bonæ fidei. *L. tenetur*, in fin. *d. L. Iulianus*, *§. idem Iulianus*, *de act. empt. d. L. ea quæ*, in fin. *de cont. empt.* Is autem in venditore esse intelligitur, non tantum si mentiatur, sed etiam si lucri sui caussa sciens quid reticeat, vel malitiose dissimulet. *d. L. ea quæ*, in fin. *de con. empt. L. 1. §. 1. de act. empt.* de quibus plura in præstationibus empti & venditi cognoscenda sunt.

XXIV. Rebus contractis non tantum hoc ex bona fide, ut quod debetur, præstetur, sed etiam ut præstetur nec deterius, & suo tempore ac sine mora. Deterius qui reddit aut facto suo aut culpa, ita tenetur vetere actione, ut nec ipso iure liberetur. *L. & eleganter*, *§. non solum*, *D. de dol.* de quo scripsi pluribus ad *L. 3. D. de cond. trit.*

XXV. Sed etsi debitor moram fecerit, æquum est creditori moram non nocere, eoque & post moram commoda ei præstari, quæ percepturus esset, aut percipere potuisset, si mora non esset interposita.

XXVI. Huius autem generis commoda tria: in re ne reddatur deterior, extra rem in cæteris quidem rebus fructus; in pecunia autem usuræ. Atque hinc etiam placet ista in bonæ fidei iudiciis præstari ex mora. Re post moram deteriore facta ex bonæ fidei contractu nullo modo liberatur debitor, quin vetere actione ipsam integram restituere debeat, qualis fuit ante moram. *L. 3. §. 1. D. com. L. 1. §. si res deposita. D. dep.* de quo item ego plura ad *L. 3. de cond. trit.* De fructibus traditum in *L. 3.* in pr. *D. de usur.* De usuris diserte & generaliter in *L. mora*, *§. in bonæ. D. eod.* Ratio reddita in *L. usuræ*, *eod. tit.* quod usuræ vicem fructuum obtineant, nec debeant a fructibus separari, in legatis, fideicommissis & bonæ fidei iudiciis. Qua ratione maxime confirmatur, quod prius dixi de fructibus, fructus generaliter in his ipsis iudiciis ex mora præstari. Nam usuras constat deberi ex mora. *d. L. mora*, *§. in bonæ*, *de usur.* Quod si usuræ in hac præstatione vicem & similitudinem fructuum obtinent, necesse est intelligi prius hanc ipsam conditionem fructuum esse, quam similitudo & exemplum ad usuras transferretur. Quæ cum præstentur in his iudiciis sine ulla conventione, tantum ex mora, quia æquum est; ideo dicuntur non esse in obligatione, sed præstari officio iudicis; item magis ex officio iudicis, quam ex obligatione proficisci. *L. quia*, *D. de neg. gest. L. qui per collusionem*, *§. ult. D. de act. em. L. quæro*, in pr. *D. loc.*

XXVII. Quæ promissa cautave sunt, ut præstari non sit æquum, duabus de caussis accidit; vel quia ab initio contraxit promisitve quis inductus dolo, aut coactus metu; vel quia re ab initio recte contracta usitatam exceptionem aliquam postea nactus est pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, vel doli mali, quales describun-

tur, *infra tit. de except.* Si quid horum incidat in contractum bonæ fidei, æquitas iudicii facit, idque horum iudiciorum proprium est, ut qui defenditur his rebus, non teneatur ipso iure, nec desideret exceptionem. Primum hoc constat, si quid in bonæ fidei contractibus gestum contractumve sit ab initio dolo malo, ipso iure non valere. Utputa, nulla est venditio, si quis circumscriptus sit in hoc, ut venderet. *L. Et eleganter*, in pr. *D. de dol.* Similiter societas, si dolo malo aut fraudandi caussa coita sit, ipso iure nullius momenti est. *L. 3. § ult. D. pro soc.* utrumque, ut est in *d. L.* 3. in fin. quia fides bona contraria est fraudi & dolo. Ergo & si quid horum factum sit metu. Nam & metus dolum habet: *L. item si eum, §. pen. D. quod. met cau.* & idem non minus contrarius consensui, nec minus contra bonos mores, quam dolus. *L. nihil consensui, D. de reg. iur.* Ex quo recte hæc dicuntur non valere ipso iure: dum hoc sic accipimus, non valere iure civili, id est, verbis & sententia iuris de hoc genere contractuum constituti, vel, ut olim, verbis ipsis iudicii & formulæ. Iubentur enim ista in his iudiciis æstimari ex bona fide. Verum est autem etiam secundum verba, quæ ita gesta sunt, bona fide gesta non esse. Ad hanc regulam referri oportet omnem præstationem, quæ in his iudiciis contra bonos mores desideratur: quam ideo dicitur bonæ fidei iudicium non recipere. *L. generaliter, D. de usur.* Eodem pertinet, quod dicitur bonæ fidei contractus non pati iniquam conventionem. *L. ex empto, §. ult. D. de act. empt.* Hoc enim significatur, si adiecta sit, non valere.

XXVIII. De exceptionibus etiam quæ post rem bona fide contractam in his iudiciis debitori natæ sunt, hæc veterum definitio est, has bonæ fidei iudiciis inesse, bonæ fidei iudicio contineri. *L. 3. D. de resc. ven. L. huiusmodi*, 34. *§ qui servum, D. de leg. 1. L. sed etsi*, 21. *D. sol. mat.* Ut cætera in more veterum iudiciorum instituendorum posita docte & luculenter in lucem protulit Duarenus in *L. iuris gentium, de pact.* & ad *tit. de in litem iurando:* sic superiorem definitionem veterum ex eo more natam recte sic accepit, ut diceret adversus eum quidem, qui his exceptionibus munitus est, reddi iudicium bonæ fidei, si neget se teneri, aut se debere quod petitur (nam quomodo aliter diceretur exceptio iudicio inesse, si iudicium nullum esset constitutum?) sed ita reddi, ut quanvis reus non dixerit, quamobrem non teneretur, id est, quanvis exceptiones illas initio tum non obiecerit, & sit contestatus, ut includerentur iudicio, & ut olim mos fuit, includerentur formula iudicii; tamen vi & potestate iudicii quod bonæ fidei est, insint iudicio non minus, quam si in iudicium nominatim essent deductæ litis contestatione. Insint autem ita, ut ad officium iudicis pertineat, si postea allegentur, eas æstimare & cognoscere, & si veras cognoverit, reum inde absolvere.

XXIX. Inesse ergo iudicio exceptionem tria continet: primum non necesse esse exceptionem obiici initio in lite contestanda, & hanc in iudicium nominatim deduci, ut insit iudicio. Alterum, quanvis exceptio non sit obiecta initio, & nominatim in iudicium deducta; tamen re vera iudicio includi, eoque & ad officium iudicis pertinere habere eius rationem. Tertium, sic in hac re esse officium iudicis, ut re probata debeat reus ex ea exceptione, quæ iudicio inerat, absolvi. Duo priora sic expressit Paulus in *L. plane, D.* de her. pet. *Benignius est*, inquit, *in prædonis quoque persona haberi rationem impensarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.* Addit, *& idipsum officio iudicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur.* Apertius utrumque Scævola in *L. ult. eod. tit.* his verbis: *Quæsitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum, quæ in eum erogavit, an filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione removeri possit. Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli.*

XXX. Quid est non desiderari exceptionem, aut non desiderari, ut excipiatur? Non sane hoc significat, non necesse esse unquam allegari a reo eas caussas, propter quas exceptio initio competeret. Nam quomodo iudex iuris tui rationem habeat, te propterea absolvat, ubi iura tua non noverit? & quomodo nosse poterit, ubi ea non alleges, & negante adversario probes? Sed hoc significatur non necesse esse eas caussas ita allegari, ut sint exceptiones iudicii constituti, id est, ut initio obiiciantur, quo ex his addatur iam a principio in iudicium exceptio, qua actio & intentio actoris vel removeatur, vel minuatur, id enim exceptio proprie significat *L. 2. D. de exc.* Cæterum exceptione harum rerum initio omissa, saltem ante rem iudicatam desideratur, ut si actor de intentione sua probaverit, hic iura illa sua alleget reus, quibus a iudice cognitis & pro-

& probatis absolvi debeat. Sic enim fit, quod ait Scævola, *ut ei consulatur:* sic fit, quod Paulus ait, *ut eius allegationis ratio habeatur*. Hoc autem esse officium iudicis in hac re, ut reus hac de caussa absolvatur, quia exceptio contineatur bonæ fidei iudicio, diserte scriptum est a Iuliano in *d. L. huiusmodi*, *§. qui servum*, *de leg.* I. Unde ergo hæc potestas iudici has allegationes post rem iudicatam æstimandi, quæ in iudicium verbis deductæ non sunt? Nam ne frustra in bonæ fidei iudicio hoc quisquam quæri existimet, generalis hæc sententia est, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse; & quidem usurpata in iudicio communi dividundo, quod est bonæ fidei, in *L. ut fundus*, *D. com. divi.* Et potestas est non aliunde, quam ex eo ipso quod in iudicium deductum, & iudici permissum est. Nam his iudiciis sive veterem formulam dandi spectes, sive ius quo ita prætor iudicium dare cogebatur, quod etiamnum mansit, iubetur iudex iudicare ex fide bona. His verbis hoc continetur, ut qui exceptionem habet iure comparatam, non condemnetur: non est enim æquum bonum, eum cui exceptio aliqua data sit, qua tutus esse debeat, condemnari. *Inst. de exc.* in pr. & deinceps: proinde nec ex bona fide.

XXXI. Hæc cum dicimus his iudiciis contineri, sic accipimus, ut contineantur, sive quid certum nominatim petitum sit, sive indefinite, quantum iudici videbitur ex bona fide. Olim quidem constabat; quia semper his iudiciis addebatur Ex bona fide, aut quod eandem vim haberet, ut diximus. Nunc formulis sublatis cum ius manserit, idem nunc quoque iudici datum intelligemus. Nisi quis putat proprium esse horum iudiciorum, ut actor nihil certum petat, sed tantum, quantum alterum alteri præstare oporteat. Sed & potuisse olim, & nunc maxime posse certum peti his iudiciis, puta rem venditam ex empto; pretium & usuras certas de quibus forte convenerit, ex vendito, ut nihilominus intelligantur cætera vi & potestate iudicii adiici; constat ex eo, quod ex his caussis competit, & competiit iam olim certi condictio. *L. in duobus*, *§. exceptio*, *D. de iureiur.* Non competebat autem hæc condictio, nisi ex iis caussis, ex quibus certum petitur, id est, peti potest. *L. certi*, in pr. *D. si cer. pet.*

XXXII. Sed & cum superiora prope omnia maxime in facto consistant; puta aliquid frequentari in aliqua regione, rem fecisse deteriorem, in mora fuisse, dolum metumve adhibuisse; pactum intervenisse, vel iusiurandum, vel rem iudicatam, ex quibus defensiones nascuntur reo, quarum rerum omnium quæstionem in hæc iudicia venire diximus: vel hinc liquido apparet in his iudiciis, similiter ut in strictis, facti quæstionem versari, non tantum iuris: neque hic quidquam proprium esse actionum bonæ fidei.

XXXIII. Cætera cum horum iudiciorum propria esse dicimus, nempe hoc ipso negamus in strictis iudiciis locum habere: ex quo intelligitur horum iudiciorum differentia, propter quam necesse sit hæc genera inter se distingui. Unde & singulorum vis & potestas, quam quærimus. Id autem an recte negemus, sic plane constare poterit, si eadem illa repetita conferantur in his iudiciis, & singula in his diversa statui, una actione ex testamento excepta, reperiemus.

XXXIV. Ac de iis, quæ ex contractu præstari volumus, hæc iuris certi distinctio est, ut placeat in bonæ fidei iudiciis omnia præstari officio iudicis, quæ alterum alteri præstare æquum est, etiam sine conventione: in strictis autem iudiciis ea demum, de quibus convenit, nihil amplius. *§. ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia*, *D. de neg. gest.* nisi si quid saltem natura iudicii continetur. *L. cum quid*, *D. si cer. pet.* Ideo de iis, quæ sunt moris & consuetudinis, nusquam traditum ea in strictis iudiciis venire. Quinimmo cum dicitur nominatim ea in bonæ fidei iudiciis debere venire: satis hoc ipso eadem a strictis iudiciis removentur. *L. quod si nolit*, *§. quia assidua*, *D. de æd. ed.* Inde quoque in his nec usuræ pecuniæ, nec fructus debentur ex mora. De usuris quidem ius certum, has ex mora in actionibus stricti iuris non deberi, cum ubique ut debeantur ex mora, bonæ fidei tantum iudiciis tribuatur. *L. mora*, *§. in bonæ*, *D. de usur. L. initio*, *C. de pac. int. em. & ven.* Sed adeo hoc verum est, ut ne debeantur quidem in his post litem contestatam. Argumento est condictio indebiti, in qua pecuniæ indebitæ usuræ, nec post litem contestatam præstantur. *L.* I. *de cond. ind.* Nam quod dicitur in *L. lite*, *D. de usur.* lite contestata usuras currere, hanc sententiam habet, usuras quæ prius deberi cœperant, lite contestata nihilominus currere, id est, earum cursum lite contestata non retardari: vel deberi cœptas lite contestata perseverare: quomodo dictum est longum tempus currere ei, qui rem alienam esse postea cognovit: ubi significatur per

per longum tempus non incipere, ſed perſeverare uſucapionem antea cœptam. *L. bonæ, 48. §. 1. D. de acq. rer. do.* Nequaquam autem hoc dicitur, uſuras lite conteſtata incipere deberi, ſeu incipere currere. Nam si uſuræ poſt litem conteſtatam non veniunt in indebiti condictionem, quæ tamen condictio ex æquitate naturali eſt: *L. indebiti*, in pr. *D. de cond. ind.* multo minus in cæteris actionibus ſtricti iuris, quæ eadem æquitate non nituntur, uſuræ poſt litem conteſtatam accedent. Denique ius certum eſt, uſuras in ſtrictis iudiciis citra ſtipulationem non deberi. *L. 3. C. de uſur. L. ſi pupilli, in ſi.* iuncta *L. quia*, ſeq. *D. de neg. geſt.* De fructibus in his iudiciis hoc ſervatur, ut poſt acceptum quidem iudicium ex æquitate præſtandi ſint, quia poſt iudicium acceptum, id eſt, litem conteſtatam omnis cauſſa præſtanda ſit: at ante non veniant ne ex mora quidem, si quis actionem habeat ad id conſequendum, quod eius non fuit, veluti ex ſtipulatu. *L. videamus, §. actionem, D. de uſur.* Hic & in fructibus & uſuris excepta ſunt legata ac fideicommiſſa. Actio ex teſtamento quæ ex his cauſſis naſcitur, ſtricti iudicii eſt. *L. 5.* in ſi. & *L. alias, ſeq. D. de in lit. iur.* Placet tamen in his fructus ex mora venire: ſed & uſuras, non ſecus quam in bonæ fidei iudiciis. *L. 3.* in pr. *L. uſuræ, D. de uſur. L. in minorum, C. in quib. cau. in int. reſt. nec. non eſt.* Haud dubium, quin favore ultimarum voluntatum, quas publice etiam expedit quam maxime & citiſſime exitum habere. *L. vel negare, D. quem. teſt. ap. L. 1. C. de ſa. eec.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti iuris, veluti ex ſtipulatu, debita fuerit, placet ſemper promiſſorem hactenus vetere actione liberari, ac ſi quid in eo fecit dolo, teneri tantum actione de dolo: ſine dolo autem plane liberari. *d L. & eleganter §. non ſolum, D. de dolo:* de quo etiam ſcripſi ad *d. L. 3. de cond trit.* Quod attinet ad ea, quæ cum verbis cauta eſſent, volumus ex æquo & bono non præſtari, ſic de his ius eſt in ſtrictis iudiciis, ut ſi quis quid ab initio deceptus dolo, aut coactus metu, aut etiam errore ſuo inductus promiſerit, quod non debebat; nihilominus conſiſtat ipſo iure ſtipulatio; & promiſſor ſtipulanti obligetur; ſed actio doli mali exceptione ſummovetur. *L. dolo, C. de inut. ſtip. L. ſi quis cum aliter, D. de verb. obl.* Quod ſi re ab initio recte contracta, aliquid intervenerit poſtea ex iis, ex quibus exceptiones iure proditæ ſunt, puta pactum, iuſiurandum, res iudicata, non minus & hic promiſſor eas exceptiones habebit. Quinimmo hæ maxime comparatæ ſunt tuendorum reorum cauſſa in ſtrictis iudiciis, in quibus alioqui futurum erat, ut ſummo iure damnari deberent. *infra de excep.* in pr. & deinceps. Sed nihil hic amplius conſequitur promiſſor & ab initio, & poſtea, quam exceptionem: cum in bonæ fidei iudiciis ipſo iure & poteſtate iudicii ex his cauſſis tutus ſit is, cum quo agitur.

XXXV. Quid ergo intereſt, ipſo iure quis non teneatur, an vero teneatur ita, ut actio per exceptionem infirmetur? Sane nihil, si quis exceptione ſit uſus, *id eſt*, ſi quis ab initio intentioni actoris obiecit exceptionem, eamque hoc modo conteſtatus in iudicium deduxit; id enim, ut ante dixi, exceptio ſignificat: *L. 2. de excep.* idque eſt, quod dicitur nihil intereſſe, ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L. nihil intereſt, D. de reg. iur.* At finge initio exceptionem omiſſam, dum ſimpliciter negat reus ſe quidquam debere. Hic aliud bonæ fidei iudicium, aliud ſtrictum omittenti tribuit. Prius reum liberat, quandocunque poſtea ante rem iudicatam allegarit ea, propter quæ æquum ſit eum non teneri. His enim cognitis iudex qui iubetur iudicare ex bona fide, etiam ſecundum verba, id eſt, ipſo iure recte eum abſolvet, & quidem pro poteſtate ſibi commiſſa: quoniam ſive quid ab initio dolo malo geſtum eſt, verum eſt ipſo iure id ex bona fide non valere; ſive poſtea reo exceptio aliqua nata eſt, verum eſt eum bona fide, id eſt, ex æquo & bono non teneri. Strictum iudicium exceptione quæ reo competebat omiſſa, iudicem adſtringit olim formulæ, nunc petitioni & litis conteſtationi, ut reum convictum promiſiſſe, aut iure debere id, quod negabat, condemnare debeat. Nec quidquam proderit reo, ſi poſtea exceptionem alleget. Semper enim hoc tenendum eſt, ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtatem iudicis non poſſe. *L. ut fundus, D. com. divi.* Non eſt autem deducta in iudicium exceptio, quæ initio omiſſa eſt in hoc genere iudiciorum in lite conteſtanda. Verbis quidem deductam non eſſe conſtat, quam reus initio non eſt conteſtatus, idque ipſum & in bonæ fidei iudicio diceremus. Sed nec poteſtate iudicii ſtricti in iudicium deductam dixeris, ut ea a iudice æſtimetur, quoniam in hoc genere iudiciorum hoc tantum iudici commiſſum

Digitized by Google

missum est, ut iudicet de his quæ nominatim in iudicium deducta sunt, non etiam infinite de omnibus, quæ videantur ex æquo & bono æstimanda. Sic fit ut superiores exceptiones omnes recte dicantur ipso iure, id est, & secundum verba iudicio bonæ fidei inesse: in strictis autem iudiciis non inesse: quia potestate iudicii non insint, sed tantum in iudicium nominatim deductæ. Unde rursum evenit, ut non sit necesse eas contestari initio in bonæ fidei iudiciis, quæ etsi non excipiatur, insint tamen, ut supra ostendimus. In strictis autem iudiciis necesse sit eas initio contestari; alioqui omissæ eo iudicio nihil prosint: & ita ius est pene diserte traditum in *L. si quidem. L. præscriptionem, C. de excep.* Ex quibus etiam intelligimus, quid in iudicio exercendo inter hæc intersit, ipso iure quem ex his caussis non teneri, & non teneri per exceptionem: quæ in usu iuris inter se opponuntur. *L. qui servum, §. 1. D. de obl. & act.* Qui ipso iure tutus est, licet ei tuto in lite contestanda negare ullam esse obligationem contractam, aut ullo modo se teneri: adversus quem si probetur postea aliquid ante gestum esse, ex quo obligatio oritur, satis tamen tutus sit, si referat ex adverso ea intervenisse, propter quæ eum ipso iure eo iudicio tutum esse diximus, & ea intervenisse doceat. Quem autem dicimus tutum esse per exceptionem, is in lite contestanda ita necesse habet de obligatione summo iure contracta confiteri, ut de ea confessus nihilominus exceptionem obiiciat, qua fiat, ut non debeat condemnari.

XXXVI. Illæ differentiæ inter hæc iudicia recipiendæ non sunt, quas quidam putant, ut si res debita deterior facta sit ab aliquo, quam a debitore, in bonæ fidei quidem iudiciis teneatur eo nomine, si post moram deterior facta sit; in strictis autem non nisi ex tempore litis contestatæ, *arg. L. 3. §. in hac, D. com.* item, ut si in bonæ fidei iudicio puta emptione, in materia dissensum sit, veluti si æs venditum sit pro auro; nulla sit emptio: *L. in venditionibus, §. ult. & L. seq. D. de cont. em.* in stipulatione contra si quis stipulatus sit æs pro auro, teneat stipulatio eius corporis promissorem. *L. si id quod aurum, 22. D. de ver. obl.* Nam de mora ego didici, generale illud esse in omni obligatione, culpa, eoque & mora perpetuari obligationem, nec minus in stipulatione, quam in bonæ fidei iudiciis. *L. si servum, 91. in pr. & §. sequitur, D. de verb. oblig.* Quod eam sententiam habet, ut qualis quæque res fuit, quo tempore mora facta est, talis præstari debeat, ut dicendum sit, sive perierit res postea, sive deterior facta sit, utroque nomine debitorem etiam ex stipulatione teneri. *L. nemo. 82. §. 1. D. de verb. obl.* Et ideo Ulpianus in condictione triticiaria, quod iudicium nequaquam bonæ fidei est, scripsit si res petita deterior facta sit post moram, ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. *L. 3. D. de condict. trit.* Nec quem moverit, quod supra diximus ex contractu stricti iuris nihil amplius deberi, quam rem quæ promissa est. Ne nunc quidem id mutamus. Mora enim facit, ut quod de re post moram decessit, adhuc exstare videatur, *d. L. nemo §. 1. de ver. ob.* Ita plane hac parte inter bonæ fidei iudicia & stricta nihil interest: de quo caussis plura in commentario de mora, & ex professo ad *d. L. 3. de condict. trit.* Quod attinet ad errorem contrahentium in materia, sane hic aliter infirmat emptionem, aliter stipulationem: sed differentiæ ratio non ex potestate horum iudiciorum est, sed ex dissensu; qui in eo est, qui in materia errans rem certo pretio in materiam dicto emit: non est in stipulante, qui corpus certum stipulatur nullo pretio interveniente, quod pro ea præstet; ut exposui ad *d. L. si id quod aurum, de ver. obl.* Cum sit vis hæc & potestas horum iudiciorum, iam puto intelligi, quam verum sit illud, quod de usu huius divisionis proposui; ex ea videlicet assequi nos, quid quantumve pro potestate horum iudiciorum petere & consequi per iudicem liceret.

XXXVII. *Bonæ fidei sunt hæ.* Hactenus tamen magis dictum est, quales sint bonæ fidei, & stricti iuris actiones, quam quæ sint. Diximus enim utrasque appellatas esse ab ea potestate iudicandi, quæ in his iudici data est; priores quidem dictas, in quibus libera hæc potestas data est ex bono & æquo iudicandi: stricti iuris contra, in quibus hæc potestas adstricta & conventioni, & iudicii petitioni. Adiecimus, quid ista potestas in utroque genere contineret: id est, in bonæ fidei iudiciis quid tribueret libera, in strictis quid detraheret adstricta. Sed relinquitur adhuc hæc quæstio, quæ sint illæ actiones, in quibus hæc aut illa potestas tributa est iudici, id est, quæ sint huius aut illius generis actiones. Id vero præstat hoc loco, & §. *seq.* Iustinianus: Enumerat quidem solum actiones bonæ fidei. Sed si omnes huius generis, ut facere

Digitized by Google

cere eum inter omnes convenit, hac enumeratione consequitur, ut non minus intelligatur, quæ sint stricti iuris. Omnibus enim comprehensis, necesse est, quæ relinquuntur, bonæ fidei non esse. Hæ autem ex divisione sunt stricti iuris, nisi sint ex genere earum, quas mox vocat arbitrarias. Quare hoc videamus, quæ sint bonæ fidei. Et certas in hoc numero recenset Iustinianus ab hoc loco usque ad §. *in bonæ*. Qua in enumeratione tria hæc nobis quærenda sunt: Primum an sint omnes bonæ fidei, quæ hic nominantur. Secundum, an solæ, ac præter has nullæ. Tertium, cur hæ potius, quam cæteræ. Quod quærimus, an omnes hic appellatæ sint bonæ fidei, propter actionem depositi quærimus. Nam hæc non tantum in simplum est ex omnibus aliis caussis, quam hactenus bonæ fidei esse inter omnes convenit: sed etiam in duplum de eo, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum sit. *L.* 1. §. 1. *D. depo.* Etiamne ergo ex his caussis bonæ fidei erit, ut fructus & usuræ pecuniæ dupli ex mora accedant, ut fit in bonæ fidei iudiciis? *L. mora*, §. *in bonæ*. *L. usuræ*, *D. de usur.* Et puto hactenus quoque esse bonæ fidei. Generaliter enim hic scriptum est depositi actionem bonæ fidei esse. Atqui ex superioribus caussis depositi actio est, & quæ in duplum competit. Nec ad rem pertinet, quod duplum pœna est, magis ex maleficio constituta, quam negotio gesto. Non enim eo minus hæc pœna depositi actione petitur: nec minus depositum est, quamvis delictum in ea versetur. *L. ex contractibus*, *D. de obl. & act.*

XXXVIII. Sed an solæ bonæ fidei, quæ hic enumerantur, ac præter has nullæ? quod secundo loco quærebamus. Quæstio in eo est, utrum omnes hic enumerentur, quæ sunt bonæ fidei. Et probandum est, quod receptum est sententia communi, propositum fuisse Iustiniano omnes hic enumerare: ideo solas eas esse huius generis, quæ hic recensentur, præterea nullas. Huius sententiæ argumenta hæc sunt non dubia. Primum in his actionibus proponendis non dicit, Bonæ fidei sunt hæ: veluti ex empto, vendito, locato, conducto, & cæteræ, ut fit, cum exempli caussa quasdam proponere volumus, non omnes: sed ἁπλῶς, Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito, & quæ sequuntur: indicans se quæ sint huius generis, professo pronuntiare. Id quod ita esse certius statuemus observato more huic ipsi usitato, maxime sub hoc titulo; qui cum vult rem non definire, sed exemplis indicare, uti solet his particulis similitudinis, ut, veluti: ut in §. *sed iste*, §. *in personam*, §. *rei persequendæ*, *supra* §. *præterea*, *infra eod. tit.* Deinde ut sciremus nullas eum omittere voluisse, etiam illas adiecit sedulo, de quibus dubitatio erat; docens has quoque esse bonæ fidei, ut petitionem hereditatis, & actionem ex stipulatu quæ pro dote competit. Quod certe non faceret, nisi omnes quæ essent, vellet complecti. Exemplis enim cum rem demonstrare volumus, non colligimus omnia: sed paucis, & his certis tantum utimur, contenti id quod dicitur, rebus notioribus indicare. Sed quod ad rem maxime pertinet, videndum est, quid agat, quove spectet hæc divisio. Nempe ut ostendat, quod divisione expressum est, quasdam esse actiones bonæ fidei, quasdam stricti iuris. Atqui quæ sint huius generis, ex his verbis nihilo magis intelligitur quam si nihil dixisset. Non satisfacit igitur divisioni propositæ, nisi quænam hæ sint, ordine deinde aperit. Et hoc facere velle eum apparet, cum subiicit, Bonæ fidei sunt hæ; ex empto, vendito, & cæteræ. Hoc vero consequi qui velit, necesse est, quænam istæ sint actiones, aut definitione generis explicet, aut singularum numero ostendat. Exemplis enim quibusdam res non demonstratur: cum possint aliæ pleræque esse eiusdem generis, quæ propterea non occurrunt. Definitio hic nulla est. Enumeratio igitur sit, oportet, quæ sequitur, earum actionum, quæ sint bonæ fidei, & quidem ita, ut hinc intelligatur, cæteras esse stricti iuris: de quo etiam genere propositum erat. Alioqui duo hæc maxima vitia in hac divisione sequentur, quod nec de priore genere tantum dixerit, quantum satis est ad actiones eius generis cognoscendas, & de posteriore nihil omnino dixerit.

XXXIX. Actiones tamen hic enumeratas cum solas bonæ fidei esse dicimus, sic accipi debet, ut contineantur non tantum directæ, quæ opponuntur contrariis, ut mandati, commodati, depositi; sed etiam ex iisdem caussis contrariæ. *L.* 5. in pr. *D. de ob. & act.* Nam & contrariæ similiter mandati, commodati, depositi actiones dicuntur. §. *ex quibusdam*, *infra de pœ. tem. lit.*

XL. Nec minus utilis ex iisdem caussis continetur: puta, negotiorum gestorum adversus curatorem: *L.* 3. *C. de transf.* quæ tamen dicitur negotiorum gestorum utilis. *L. curatores*, *C. de neg. gest.*

gest. Sed si in lege vel huius vel illius actionis appellatione continetur directa, quæ ex verbis ipsis legis est; non minus ex eadem lege intelligetur actio utilis, quæ sit eiusdem nominis: quoniam utilis est ex legis sententia: *§. ult. Inst. de leg. Aquil.* Verbum autem ex legibus non minus accipitur ex legum sententia, quam ex verbis. *L. nominis, §. 1. D. de verb. signif.*

XLI. Qua ratione & protutelæ actionem, & bonorum possessoriam hereditatis petitionem, & petitionem hereditatis fideicommissariam recte bonæ fidei actiones esse dicemus. Certe protutelæ actioni eadem tribuuntur, quæ tutelæ. *L. 1. §. in protutelæ. L. pen. D. de eo qui pro tut. neg. gest.* Posterioribus autem petitionibus eadem, quæ petitioni hereditatis directæ *L. ult. D. de bo. pos. her. pet. L. 1. L. 2. D. de fid. her. pet.* Neque hoc præter enumerationem huius loci, quasi hic sint prætermissæ, enumerantur enim inter bonæ fidei iudicia actio tutelæ, & petitio hereditatis. At protutelæ actio est actio tutelæ utilis ex eadem æquitate & utilitate comparata. *L. 1. in pr. D. de eo qui pro tut.* Petitiones autem hereditatis bonorum possessoria, & fideicommissaria, nihil aliud, quam hereditatis petitiones utiles; quippe de bonorum possessione & fideicommisso hereditatis: quæ duo iure prætorio & senatusconsultis pro hereditate habentur. *L. 1. 2. 3. D. de bo. pos. L. 1. D. ad Treb.*

XLII. Hoc amplius & quem contractum olim esse constitit unum ex iis, qui hic enumerantur, etsi incertum esset, quis proprie & peculiariter; eum sciemus etiam nunc in eodem numero haberi debere, etsi forte certam definitionem postea, & pleniorem acceperit ex constitutionibus, neque hic novo nomine suo appelletur. Qualem bene iudicavit Connanus contractum emphyteuticum. Hunc constitit inter veteres aut emptionem esse & venditionem, aut locationem & conductionem, etsi utrum esset, dubitabatur, *§. adeo, Inst. de em. & vend.* Sed utrumvis horum esset, sententiæ huc concurrebant, ut esset bonæ fidei, & ex his qui hic nominantur. Postea Zeno voluit contractum esse ab utroque illo separatum, & conceptionem definitionemque habere propriam *L. 1. C. de iur. empt.* Non ideo hoc efficiet, ut iam non putetur bonæ fidei, quia hic iam appelletur contractus emphyteuticus. Sic enim Zeno novam vim huic contractui dedit, non ut minueret veterem, sed ut eam retinens etiam augeret.

XLIII. Cæterum extra has nullæ bonæ fidei. Et breviter sic enumeratio huius loci accipietur, ut quæ non sunt in hoc numero vel ex verbis, vel ex sententia legis, bonæ fidei non habeantur: omninoque hic vere licet usurpare, quod Modestinus in una specie donationis scripsit, ideo cæteras bonæ fidei actionum iure non uti, quia in bonæ fidei contractibus non deputentur. *L. eum qui, D. de donat.* Hoc enim, quia in hoc genere aliqua non deputetur, sic recte hic accipiemus, quia non deputetur hoc loco, ubi ex professo enumerantur, quæ sunt huius generis. Atque hinc factum, ut simul intellectum sit cæteros esse stricti iuris. Hinc illæ certo iure stricti iuris habitæ: ex stipulatu; ex testamento; *l. in actionibus, vers. plane. iuncta L. alias. seq. D. de in lit. iur.* ex donationis caussa. *d. L. eum qui. D. de don.* condictio indebiti. *L. 1. C. de cond. ind.* & reliquæ condictiones; item actiones pœnales ex maleficiis, & similes; & generaliter omnes, quæ hic non appellantur, ne necesse sit omnes species persequi. Non alio argumento certiore videlicet, quam quod hic non enumerantur.

XLIV. De quibusdam tamen dubitatum, quas constet nec directas esse eas quæ hic appellentur, neque utiles. Dubitatum autem ideo, quia quædam sunt similes iis, quæ hic commemorantur: quædam etiam ex bona fide, aut bono & æquo esse dicuntur. Prioris generis duæ, actio de precario, & finium regundorum. Posterioris hæ, condictio sine caussa, actio funeraria, actio iniuriarum, actio de sepulcro violato, actio adversus iudicem, qui male iudicavit. Precarium dicitur simile esse commodato in *L. 1. D. de prec.* cur non igitur precarium bonæ fidei, ut commodatum? Quid, quod etiam dicitur actio præscriptis verbis de precario oriri ex bona fide in *L. 2. D. eod.?* Actio finium regundorum adeo similis actioni familiæ ercifcundæ, & communi dividundo, ut ubique tria hæc iudicia coniunctim numerentur, ubique inter se comparentur. *L. in tribus, D. de ind. L. 2. §. 1. D. com. divi. §. quædam, supra hoc tit. §. si familiæ,* & duobus seqq *infra de off. iud.* Cur non ergo actio finium regundorum item bonæ fidei, ut familiæ ercifcundæ, & communi dividundo?

XLV. De posterioribus ita legimus. Condictio sine caussa, eoque & indebiti dicitur ex bono & æquo introducta in *L. pen. D. de con. ind.* Funeraria actio

ex

ex bono & æquo oriri, in *L. & si quis*, *§. hæc actio*, *D. de relig.* Iniuriarum actio ex bono & æquo esse io *L. non solum*, *§. 1.* *D. de iniur.* Actio de sepulcro violato in id, quanti ob sepulcrum violatum æquum videbitur. *L. 3.* in pr. *D. de sep. viol.* Unde & dicitur in bonum & æquum concepta in *L. pen.* *D. eod.* Actio in factum adversus iudicem, qui male iudicavit, similiter in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur. *L. ult.* *D. de ext. cogni.* Quid ni igitur & hæ dicantur bonæ fidei, in quibus res geritur ex bona fide, atque æquo & bono, ut in his quas bonæ fidei dicimus? *§. in bonæ*, *infra*. Sed si recte statuimus, quæ hoc loco in bonæ fidei actionibus non deputantur, eas bonæ fidei non esse: non sunt eæ quas dixi, bonæ fidei.

XLVI. Exemplo est inter cæteras actio de precario, & condictio indebiti: quarum in priore fructus præstantur tantum a tempore litis contestatæ: *L. quæsitum* *§. ex hoc*, *D. de prec.* in posteriore usuræ pecuniæ indebitæ non veniunt ne post litem quidem contestatam. *L. 1.* *C. de con. ind.* quorum tamen utrumque contra fit in bonæ fidei iudiciis, ut ante diximus. Nec nos moverit similitudo superior illarum actionum, aut æquitas. Nam nec priores similes sunt in eo, de quo agitur: & in posterioribus quod fit ex bona fide, non est id, ex quo bonæ fidei actiones appellantur. Precarium simile est commodato: sed in eo, quod utrumque petenti utendum datur. *L. 1.* *D. de prec.* *L. 1.* *D. com.* Illud dissimile, quod ad ista genera in hac re distinguenda pertinet, quod in commodato non solum accipientis, sed etiam dantis negotium geritur, dum id agitur, ut qui accipit, rem commodatam curet, ut bonus & diligens paterfamilias faceret: alioqui culpæ & negligentiæ omnis nomine teneatur. Precarium autem magis ad donationes & beneficii caussam, quam ad negotii contracti speciem spectat, ut est in *L. interdictum*, *D. de prec.* Unde etiam placet eum, qui precario rogavit, culpam in precario non præstare, sed solum dolum, & culpam dolo proximam; aliter atque in commodato, in quo is qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam præstat. Neque id alia de caussa, quam quod totum precarium ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit: hæc Ulpianus in *L. quæsitum*, *§. eam quoque*, *D. de prec.* Atque hinc præcipua caussa, cur precarium non sit contractus bonæ fidei: quoniam huius generis notam in contractu hanc esse volumus, si negotium mutuum inter aliquos geratur, ut postea dicetur.

XLVII. De finium regundorum actione idem iudicandum est. Hoc quidem iudicium duplex est, & hactenus simile familiæ erciscundæ, & communi dividundo iudiciis. Sed in eo dissimile, quod caussam bonæ fidei iudicii continet, quod in illis familiæ erciscundæ, & communi dividundo negotium mutuum & commune inter coheredes & socios geritur. In finium regundorum iudicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, dum partem aliquam ultra constitutos fines sibi occupat, soli, inquam, sibi, non vicino.

XLVIII. Quod attinet ad eas, quæ dicuntur ex æquo & bono oriri, aut esse introductæ, facile iudicium est, non ideo eas bonæ fidei existimari debere. Non enim bonæ fidei actiones ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi, & caussa sit ex bona fide: sed quia, ut supra dixi, in his omnia diiudicantur ex bona fide, non tantum quæ præstanda non sunt, sed etiam quæ sunt præstanda; ut si quid æquum sit, & usitatum præstari, id præstetur etiam sine conventione. Quod non fit in istis actionibus, quas ex æquo & bono esse diximus. Nam in condictione indebitæ pecuniæ non accedunt usuræ ex mora, ac ne ex lite quidem contestata, *d. L. 1.* *C. de cond. ind.* Funeraria actio certa summam edicto præfinitam habet, quam persequatur, nempe quod funeris caussa sumptus factum erit: nihil amplius. *L. si quis, 12.* *§. prætor*, *D. de relig.* Sic & iniuriarum actio nihil nisi pœnam certam constitutam edicto, iniuriæ scilicet æstimationem, *§. pœna*, *Inst. de iniur.* Quod autem actio de sepulcro violato, & actio adversus iudicem, qui male iudicavit, dicuntur esse in id, ut condemnetur reus, quantum ob eas res æquum videbitur: non significat omnia quæ æquum sit alias præstari, venire in has actiones; sed solum facti ipsius æstimationem: & eam quidem, non quæ ab initio sit certa, sed quam iudex in sententia dixerit: ut hic in præteritum tempus neque fructuum, neque usurarum pecuniæ quæstioni locus esse possit ex bona fide. Sed & quod ad omnes istas in commune pertinet, nullum in his negotium geritur mutuum, sed tantum res agitur actoris, qui reo vicissim in his iudiciis præstare nihil debet. At ita sunt bonæ fidei actiones, ut sint fere de mutuo negotio, & obligationem mutuam habente (quam recte, de eo iam dicemus) certe sunt eiusmodi, ut in his iudex

Digitized by Google

dex æstimare debeat, quid alterum alteri præstare oporteat ex æquo & bono. §. *in bonæ, infra L.* 5. in pr. *D. obl. & act.*

XLIX. Deinceps ergo, quod tertium propositum erat, videamus, cur hæ potissimum habitæ sint bonæ fidei, quæ hic enumerantur, cæteræ non item. Et Ciceronem animadverto *lib.* 3. *Offic.* cum iudicia posuisset quædam bonæ fidei, subiicere hæc verba: *quibus vitæ societas continetur*. Eius autem verba hæc sunt: *fideique nomen existimabat* (Scævola) *manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, quibus vitæ societas continetur*. Quibus verbis videtur reddidisse rationem, cur in his maxime rem ex bona fide geri, iudicarique placeret: scilicet quia sine his societas humani generis stare non posset. Etenim si attendatur, reperientur omnes esse contractus eius generis, qui versentur in commutatione rerum officiorumque, qua hæc vita carere non potest. Quæ & ratio a plerisque doctis viris reddita est. Sed videndum, ne non sit hæc satis. Qui minus enim ad vitæ societatem pertinet mutuum, precarium, donatio? quibus indigentia nostra sublevatur, fortasse etiam magis quam commodato. Quid stipulatio, ut ius est de pactionibus constitutum? Ita necessaria, ut cum conventionibus abundet hæc vita, quas inter homines ratas esse hominum intersit, ea civilis hæc & quotidiana vita carere non possit: quæ una ad firmandas hominum inter ipsos conventiones iure civili inventa est. Ac cum inter bonæ fidei iudicia etiam petitio hereditatis numeretur: qui minus illa iudicia videri possunt ad vitam necessaria, quibus res alias nostras, quæ apud alios sint sine caussa, condicimus, aut quibus res nostras vindicamus, item cætera quæ sunt de damno dato, & omni eo, quod nobis abest, persequendo? Haud scio igitur, an rectissime dixerimus, quod Hotomanus noster animadvertit in hunc locum, ideo eas actiones quæ hic recensentur, potius bonæ fidei esse habitas, quam cæteras; quia in omnibus excepta una petitione hereditatis, reperietur mutuum negotium geri inter aliquos, ex quo sic unus aliquid præstet alteri, ut huic vicissim obligetur alter. Id quidem in emptione venditione, locatione conductione, societate, permutatione, præscriptis verbis actione quæ de æstimato proponitur, quando hic negotium ad venditionem aut locationem accedit, perspicuum est. Ne id quidem obscurum in iis contractibus, ex quibus mutuæ illæ sunt actiones; directa, & contraria, cuius generis sunt commodati, depositi, pigneraticia, mandati tutelæ, negotiorum gestorum. In dote quoque ut maritus obligatur mulieri, ut dotem soluto matrimonio reddat; ita vice mutua mulier, ut impensas quæ ad perpetuam rei utilitatem factæ sunt, rependat. Sed & in hoc, ut dotem esse præstet. Quorsum ergo hæc mutua in his præstatio ad omnia ab utroque ex bona fide exigenda? Non utique solum, quia sit ex re utriusque contrahentium: dici enim potest multa esse in rem utriusque in contractu, quæ tamen non ideo debeant præstari: sed quia in huiusmodi negotiis ita est ex eorum inter quos res agitur, communi voto omnia ex bona fide præstari, ut sit etiam ex naturæ regula hoc ipsum recte exigi ab adversario: Nam si singulos cogitamus, sic omnes in omni negotio etiam non mutuæ obligationis affecti esse intelliguntur, ut cupiant eos, cum quibus rem habent, se adversus se quam optima fide gerere, omnia sibi præstare bona fide, sine dolo malo, sine frustratione: & denique ut inter bonos bene agier oportet, ut erat vetus fiduciæ formula. Sed non ut quisque id sibi præstari vult, ita continuo sine conventione recte exigat ab adversario, nisi hoc ipsum æquum sit recte ab illo exigi. Atqui hæc æquitas evidens est in negotiis istis mutuæ præstationis & obligationis. Nam & adversarius ipse, qui eodem modo pro se affectus est, eadem illa sibi quoque præstari postulat, & exspectat ab altero, quæ supra dixi. Nihil æquius, quam quod sibi ipse præstari vult, eadem & ipsum in eadem caussa eidem illi præstare. Estque hoc ex æquitate naturæ manifesta, expressum edicto prætoris in hæc verba, *Quod quisquis iuris in alium statuerit, ut ipse eodem iure utatur. L.* 1. *D. quod quisq. iur.* Quod si hoc commune votum est utriusque, iam apparet ut res ita geratur, recte invicem inter ipsos & desiderari, & admitti.

L. Ad hoc confirmandum quod certius argumentum afferre possumus, quam quod omnia iudicia earum rerum, in quibus negotium non geritur utrimque, bonæ fidei non esse reperiuntur? Si quod est negotium, si contractus, in quo merito videatur creditor posse a debitore omnia in eo præstando quod debetur, ex fide bona exigere; est mutuum; præsertim si est gratuitum. Id enim a liberalitate & officio proficiscitur non minus, quam commodatum, ac plus etiam transfert in acci-

cipientem. Nec vero quidquam turpius, quam cum beneficium acceperis, non quantum possis, optima fide reddere. Id tamen iudicium bonæ fidei non est. Si moram, exempli gratia, in pecunia præstanda feceris, non ideo usuras citra stipulationem debebis. *L. 3. C. de usur.* Cur tandem hoc tam dissimiliter a commodato, in caussa, ut videtur, tam pari, aut etiam majori? Quia nihil erat scilicet in mutuo, quod vicissim præstandum esset debitori, in quo cum debitor a creditore bonam fidem sibi præstari vellet, hanc eandem creditor vice mutua recte ab illo exigeret ut pro ipsius sententia & voluntate. Hac de caussa ex stipulatu actio, qua promissor tantum tenetur, stricti iudicii est. *d. L. in actionibus*, in fin. & *L. alias, seq. de in lit. iur.* Ex testamento adeo actio in eadem caussa. *d. L. alias, eod.* Eiusdem generis condictiones omnes, etiam quæ naturalem repetitionem habent, qualis indebiti. *d. L. 1. C. de cond. ind.* De pœnalibus actionibus, quæ nascuntur ex maleficiis, non dubitatur. Quippe omnes eiusmodi, in quibus unus obligetur: quem cum dicere non possimus bonam fidem sibi præstari velle a creditore, cum ei a creditore nihil debeatur; non est etiam, quod pro ipsius voto possit hæc ipsa bona fides ab eo exigi.

L. An vero quod dicimus, ex finium regundorum actione non aperte intelligitur? Hæc inter bonæ fidei iudicia non numeratur hoc loco. At familiæ erciscundæ actio numeratur, item communi dividundo. Hæc vero iustissima caussa erat, si nihil aliud obstaret, cur adiiceretur & finium regundorum. Sunt enim hæc iudicia tria cæteris omnibus in rebus eiusdem potestatis, &, ut diai, ubique inter se comparantur; quamobrem & ubique coniungi solent. Mixta sunt tam in rem, quam in personam. *§. præterea, supra eod. tit.* Duplicia sunt, *d. L. in tribus, D. de iud. d. L. 2. §. 1. com. divi.* id est, eiusmodi, in quibus uterque actor est & reus. *L. iudicium communi, D. fin. reg.* Si hæc cæteris rebus similia, quid caussæ est, si familiæ erciscundæ iudicium, & communi dividundo bonæ fidei sunt, quin sit & finium regundorum actio? Omnino nihil relinquitur aliud, quam quod familiæ erciscundæ iudicium & communi dividundo ex negotio communi gesto tanquam ex societate nascantur: ubi unus ex coheredibus, aut sociis rei communis non tantum obligatur alteri, sed etiam unus & negotium suum gerit, & socii. In finium regundorum iudicio contra. Qui enim amplius possidet, quam patiantur fines, de quibus regundis agitur, is possidet tanquam suum, non tanquam commune: rem sibi gerit, non vicino. Quod si qua in re personalis actio est in ea specie, magis ex maleficio aut quasi maleficio actio est propter deiectos aut perturbatos fines, quam ex contractu. Unde in *§. item si inter, supra de obl. quæ ex quas. contr. nas.* cum de his actionibus ageret Iustinianus, communi dividundo & familiæ erciscundæ actiones sicut & negotiorum gestorum actionem ex quasi contractu oriri diait, finium regundorum prætermisit.

LII. Sed unum genus nobis obstat, petitio hereditatis, quæ cum numeretur hoc loco inter iudicia bonæ fidei, mutuum tamen negotium nullum habet, ex quo petitor possessori obligetur, aut quid præstare debeat. Nos videamus, ne quod de hac specie scribit hoc loco Iustinianus, multo certius confirmet superiorem sententiam. Ait enim usque ad sua tempora incertum fuisse, an inter bonæ fidei iudicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non: se autem ut bonæ fidei esset, constituisse, ex *L. ult.* in fin. *C. de pet. hered.* Quid ergo fuit, cur hoc dubitaretur apud veteres? Nempe hoc ipsum, quod nunc obiicitur, quod inter heredem, & possessorem hereditatis nullum negotium mutuum gereretur, unde alter alteri esset obligatus: quæ tamen nota fuit actionum huius generis. Aut quæro, quæ in tantæ auctoritatis & tanti momenti iudicio alia iusta caussa huius dubitationis afferri potuerit. Dixerit aliquis, postquam obtinuit, ut hæc bonæ fidei actio esset; nunc saltem eo rem rediisse, ut possit actio esse bonæ fidei, quæ nullum negotium & obligationem mutuam habeat. Sed hoc in petitione hereditatis tantum receptum esse animadvertendum est. Hæc non mutat regulam & notam superiorem, sed confirmat. Excipitur enim hæc una ex omnibus. Excipiendi ratio non una. Mitto, quod res magna in eo iudicio versatur: nempe hereditas: de qua & centum virali iudicio apud Romanos agebatur: ea iudicii auctoritate, ut nihil in præiudicium eius fieri debeat. *L. Divus*, in fin. *D. de her. pet. L. ult. C. eod.* Hoc, inquam, mitto; quia fortasse parum ad id, de quo nunc quæritur. Erant enim & alia permulta, de quibus agebatur centumviralibus iudiciis, quæ non eo magis erant bonæ fidei de quibus Budæus in *annotat. ad Pandectas.* Illud præcipue ad rem pertinet, & ad superio-

rum

rum negotiorum naturam proxime accedit, quod universitas rerum quæ hereditate continebatur, fecit, ut hereditatis administratio committeretur possessoribus, eaque fidelis & diligens. Quæ res etiam ad heredem qui agit, pertinet: ut hic res a negotiorum gestione non multum abesse videatur: atque ita fiat, ut quemadmodum in hac administratione si quid impenderit, gesserit, cupiat eius ex bona fide rationem haberi; vicissim quoque hanc ipsam bonam fidem petitor ab eo recte exigat. Hinc impendendi & curandi necessitas possessori iniuncta: ac de impensis, & pretiis rerum venditarum ex bona fide tanquam ex negotio gesto ius dici cœptum. *L. plane, D. de her. pet.* Hinc tanquam in negotiorum alienorum administratione præstationes personales hic constitutæ, & hæ mutuæ. Nam & possessor de pretiis rerum hereditariarum, deque iis quæ a debitoribus exegit, genere quodam personalis actionis tenetur. *L. sed etsi, §. petitio, D. de her. pet.* & si quæ res hereditatis caussa emptæ sunt, quanvis pecunia possessoris, ut eas reddere debet, sic petitor pretium restituere cogitur. *L. item veniunt*, in pr. *D. de her. pet.*

Fuerat antea.

§. XX.

Ex stipulatu actio de dote repetenda cur sola data mulieri a Iustiniano, vetere actione rei uxoriæ sublata. I. *Singularia huius actionis.* II. *Mulierem in caussa dotis non præferri ex privilegio creditoribus expressam conventione hypothecam habentibus.* III.

Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei iudiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus.

I. De dote repetenda fuerat olim actio uxori, quæ rei uxoriæ appellabatur. Actio bonæ fidei citra controversiam: ut in cuius iudicii formula usurparentur hæc verba, *Quod æquius melius, iudicato*. Testis Cic. *Lib.* 3. *Offic.* formulæ vestigium exstat in *L. pen. §. ult. D. sol. mat.* Cum multis in rebus plenior esset actio ex stipulatu ad dotem repetendam, ubi mulier dotem sibi reddi stipulata erat, ut indicat Iustinianus in *L. uni, §. sciendum, §. maneat, §. cum autem, & alibi, C. de rei uxor. act.* idcirco visum est ei unam hanc actionem ex stipulatu ut plenissimam & certissimam ad dotis repetitionem mulieri dare. Quod fecit in *d. L. unic. statim a prin.* Sed quoniam neque semper intervenit stipulatio in dote danda, ut diei possit actio ex stipulatione esse, ubi stipulatio nulla est; & præterea nonnulla erant in rei uxoriæ actione pleniora, in utraque etiam quædam non videbantur sufficere: his incommodis occurrit Iustinianus; & de stipulatione ita cavit, ut vellet eam semper pro interposita haberi; quæ autem erant alterius actionis, ad hanc transtulit, & de hypotheca adiecit; ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem.

II. Atque in summa ad eam rem circa hanc actionem quatuor hæc fere singularia constituit, quæ hic breviter complectitur. *Primum*, ut quanvis mulier dotem sibi reddi stipulata non sit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus sit ei proposita ex stipulatu actio, quasi stipulatio utiliter intervenisset. *d. L. unic. §.* 1. *Secundum*, ut ex stipulatu actio, quæ in cæteris caussis stricti iudicii est, *L.* 5. in fi. & *L. alias*, seq. *D. de in lit. iur.* in hac

hac repetitione dotis sit bonæ fidei, *d. L. unica, §. sed etsi non ignoramus. Tertium*, ut habeat hæc actio adiunctam hypothecam bonorum omnium mariti. *d. L. unica. §. 1. Quartum*; ut in hac ipsa hypotheca mulier; ipsa, inquam, sola, non heredes eius, omnibus aliis creditoribus anteponatur, quanvis tempore prioribus, seu hypothecam tempore antiquiorem habentibus: hoc ille in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Ac priora tria, & si quid est amplius, quod ad naturam huius actionis pertineat, facile sumentur ex *d. L. unica, de rei uxo. act.* Quartum habet dubitationem, quæ hic monitorem saltem desiderat, velitne Iustinianus mulierem omnibus creditoribus in hypotheca præferri, non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam habentibus.

III. Et verius est, quod & magis vulgo probatur, constitutionem Iustiniani accipiendam de iis creditoribus, qui antiquiorem quidem hypothecam habent, sed constitutam lege & privilegio; non autem eam, de qua creditores sibi ipsis aperta conventione caverint. Primum id satis significatur verbis constitutionis, cum vult mulierem præferri creditoribus prioris temporis privilegio vallatis. Non est enim privilegium, nisi in eo quod lege tribuitur sine conventione. Tum autem nulla iuris aut æquitatis ratio patitur, ut actio creditoribus ipsorum opera, & cautione semel quæsita, his adimatur. Id fieri posse negant veteres. *L. ult. D. de pact. L. habere, D. de evict.* Repugnant præcepta iuris, quæ vetant alterum lædere, suum cuiquam mortalium detrahere. *L. iustitia, D. de iust. & iur. L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Reclamat præclarum dictum Scævolæ in *L. pen.* in fi. *D. quæ in frau. cred. Vigilavi*, inquit; *meliorem meam conditionem feci: ius vigilantibus scriptum est:* ubi negat quod illa vigilantia creditoris illi partum sit, ei adimendum. Nihil ad rem pertinet, si dicatur id minus iniquum videri debere, aut quanvis iniquum sit, non en minus tamen uxori tribuendum esse, quia lege Iustiniani cautum sit. Prius enim de eo, an cautum sit, liquere debet. Quod nisi apertis verbis id expressum fuerit, hoc tenebimus nulli unquam privilegium tam iniquum ulla lege tributum videri debere: quia beneficia in cuiusquam iniuriam legibus & constitutionibus tribui non solent, ut diserte scriptum est *L. nec avus, C. de emancip. lib.* Plura scripsi in hanc sententiam ut in loco ad *d. L. ult. C. qui pot. in pig. hab.*

In bonæ

In bonæ fidei.

§. XXI.

Bonæ fidei actionum naturam cur hic obiter perstrinxerit, non exposuerit. I.
Compensatio argumentum huius §. *& cur hoc de compensatione, & cur de sola, cum sint alia innumera propria actionum bonæ fidei.* II.
Compensatio quid, III. XIV.
De Compensatione iuris summa: & quodnam hic fuerit ius vetus: tum quid sit hanc fieri ipso iure aut per exceptionem. IV.
Compensationi locum fuisse in strictis iudiciis per exceptionem ex rescripto D. Marci, & tamen eandem etiam ante Iustinianum admissam olim ipso iure: neque hoc negare Iustinianum sua constitutione. V.
De Compensatione summa legis Iustiniani, & solum inductam ab eo compensationem ipso iure in actionibus in rem. VI.
Compensationem admitti ipso iure solum ex caussa liquida, idque in actionibus omnibus, & quam hoc ius novum, & inducendi caussa. VII.
Compensationis caussa liquida, quæ, & quod ius apertum, quo compensatio nititur. VIII.
Compensationis exceptio si obiicitur initio litis, admittetur eius cognitio quandoque, quanvis caussa eius non sit ullo modo liquida. IX.
Compensationem cessare in actione depositi, & de rebus vi occupatis, & cur: sed in his solis duabus, non etiam in commodati. X.
Compensationi non semper locum esse, neque hoc contrarium esse Iustiniani constitutioni. XI.
Compensatio adversus quos, & quibus in caussis locum non habeat. XII.
Compensatio solum in pecunia & quantitate utriusque debita; idque vi ipsa verbi effici. XIII. XIV.

In bonæ fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in strictis iuris iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

I. Quid sit proprium actionum bonæ fidei, quo distinguantur a cæteris, initio definit. *In bonæ fidei iudiciis*, inquit, *libera potestas permittitur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat.* Sed non progreditur longius in huius definitionis explicatione. Atqui hoc totum tam non intelligitur, quam si dictum non esset, nisi explicatur, quid sit hoc ex æquo & bono; cur ex bona fide, quod ex æquo & bono; quid contineat tribuatve ista potestas libera in bonæ fidei iudiciis; quid contraria in strictis iudiciis deneget. Quæ cum tantopere ad hunc locum pertinerent, ideo quantum necesse videbatur, initio exponere conati sumus. Iustinianus autem hic omisit. Quod quidem factum videri potest admodum vitiose. Hanc enim explicationem duæ res flagitare hoc loco videbantur. Primum ipsa per se natura earum actionum de quibus agitur, quæ nisi superioribus rebus saltem leviter expositis, cognosci non potest. Tum multo magis definitio superior initio ab ipso posita. Poterat enim hæc omitti, ut quis diceret Iustinianum hoc titulo contentum fuisse genera ipsa actionum illarum indicare.

care. Nunc cum ipse eam definitionem posuerit naturæ actionum, ut videtur, explicandæ caussa, non potuit sine vitio necessariam eius definitionis explicationem omittere. Cur enim posuit si docere nolebat: si volebat, cur rem æque incertam & inexplicatam reliquit? Hoc est igitur quod puto hic quærendum initio, cur Iustinianus aut non explicarit hoc loco, quod proprium erat naturæ actionum bonæ fidei, aut si explicare visum non erat, cur definitionem ad eam rem pertinentem posuerit initio sine fructu. Et animadverso proposito eius cum in toto hoc titulo, tum hoc loco, recte defenditur utrumque superius. Non explicavit diligentius, quid proprium esset actionum bonæ fidei, & quid potestas iudicis libera tribueret vel iudici vel actori, aut non tribueret: fecit id ex instituto suo perpetuo brevitati Institutionum convenienter, quo illi, in hoc titulo præsertim, propositum est genera ipsa actionum breviter ac prope nude indicare; quæ autem ad naturam cuiusque pertinentia latius patent, ea omittere, & reiicere ad latiores libros Pandectarum. Qua brevitate illum usum esse in omnibus generibus, ex unaquaque divisione, si quis attendet, facile agnoscet. Quam porro late pateat superiorum rerum explicatio, satis intellectum est ex iis, quæ supra de hac parte diximus. Quod autem nihilominus definitionem superiorem ad eam rem pertinentem posuit hoc loco, & tamen inexplicatam reliquit; fecisset vitiose, si instituisset hac definitione naturam actionum bonæ fidei explicare.

II. Sed observandum est unum hoc illi propositum esse hoc loco, agere de compensatione, neque id quovis modo, sed removere differentiam compensationis, quæ olim erat, vel esse quibusdam putabatur inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris. Et quoniam inducebatur ea differentia ex hac caussa, quod in bonæ fidei iudiciis libera potestas permitteretur iudici admittendi omnia, quæ essent ex æquo & bono; ideo huius differentiæ caussam indicaturus sat habuit id ponere, quod ad propositum sufficiebat: & vero intempestivum erat longius progredi. Sed ex hac re incidit locus in alias reprehensiones. Quid enim compensatio ad hunc locum, quæret aliquis: aut si quid pertinet, cur potius attingitur quæstio de compensatione tanquam ad naturam harum actionum pertinens, cum sint alia innumera non minus atque adeo multo magis harum actionum propria? Et habet utrumque hanc rationem. Primum quæstio ipsa qualis hic proponitur, an scilicet compensatio in his iudiciis pariter, & quomodo admitti debeat, non dubium est, quin plane pertineat ad propositam divisionem. Cum enim dicuntur quædam actiones esse bonæ fidei, quædam stricti iuris, ostendit statim hæc distinctio differre hæc iudicia inter se. Et quidem non una est hæc differentia, sed multæ & insignes, natæ omnes ex hoc fonte, quod in bonæ fidei iudiciis libera potestas est iudici omnia admittendi, quæ sint ex æquo & bono; in strictis non item. Hinc inter cæteras nata quoque primo plurium sententiis differentia in iure compensationis, ut hæc in bonæ fidei iudiciis admitteretur etiam ipso iure pro potestate iudici tributa: in strictis autem aut non admitteretur omnino, aut admitteretur per exceptionem, ut hic indicatur initio. Ita si cæteræ differentiæ ad superiorem divisionem, & naturam horum iudiciorum pertinent, quam hæc quoque pertineat, quæ ex eadem caussa est, apparet. Cur autem inter tam multas unam hanc attingat, res indicat. Non enim attingit, ut constituat; sed ut removeat. Ergo de cæteris differentiis nihil dicit, quia non est necesse. Omnes enim manent ut prius quæ ideo ex Pandectis, & illic ex veterum scriptis petendæ sunt. Quod si maneret ea quoque differentia, quæ in compensatione esse olim putabatur, non magis de hac sermonem iniiceret, quam de cæteris: aut certe diceret ex æquo de omnibus. Nunc autem una hæc est ex omnibus; quam non patiatur manere, & de qua ius novum constitueri. Ideo & de hac sola dicere necesse habuit. Et ut intelligeretur, quam recte hanc quæstionem subiiceret propositæ divisioni, statim ostendit occasionem sibi natam ex natura iudiciorum bonæ fidei, atque adeo hac fieri, ut videatur inter illas actiones ea differentia esse de compensatione, quam dixi. Addit deinde, quo significet non temere se de hac sola differentia in iudiciis monere: quia scilicet velit intelligi se hanc sustulisse, unde & ius de compensatione a se in hac re constitutum breviter proponit.

III. Instituto Iustiniani hoc loco, & ordine loci cognito, de re videamus. Agitur hic de compensatione in his actionibus, quæ propositæ sunt, admittenda. Compensatio est debiti & crediti inter se contributio. *L. 1. D. de comp.* cum scilicet debitor a quo pecunia petitur, vicissim sibi a petitore deberi dicit, & id illi imputat, desideratque tanto minus a se pe-

se peti, quasi pro imputatione hoc idem re ipsa tribueret creditori: & simul idem reus, quod sibi a petitore debebatur, vult sibi amplius non deberi, quasi hac imputatione vicissim ab illo sibi tributum: ut sic fiat mutua illa, quam supra diximus, contributio. Unde & compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur. *L.* 4. *C. de comp.* Hinc exitus compensationis admissæ is, qui indicatur hoc loco, ut si compensato eo, quod invicem debetur, nihil superfit utrinque, quod debeatur, absolvi debeat reus: sin superfit, quod reus debeat, in id solum reliquum debeat condemnari.

IV. Quæritur autem hoc loco de compensatione, admittaturne ea in bonæ fidei iudiciis tantum quasi natura iudicii ita postulante, an vero & in strictis, & quomodo. De his sic in summa Iustinianus: in utroque genere admitti dicit; sed aliter iure vetere, aliter novo, quod ipse constituit. In vetere quid referat; in novo quid constituat, considerandum est: habet enim utrumque dubitationem. Et ius vetus in eo fuisse scribit, ut in bonæ fidei iudiciis admitteretur compensatio a iudice sola æquitate iudicii citra exceptionem, id est, ipso iure. In stricti autem iuris iudiciis solum opposita initio doli mali exceptione, dum reus hoc dicit in lite contestanda, dolo facis actor, quod petis istam summam, cum tantundem mihi debeas, ac potius debeas tecum pensare. Idque divi Marci rescripto inductum esse ait. Quid sit compensationem fieri, seu actionem minuere ipso iure, quid per exceptionem, & quid referat, utro modo debitor liberari dicatur; dixi supra ad §. *actionum num.* 35. Atque hæc illa est differentia vetus, quam esse dixi inter hæc iudicia circa compensationem. Quo loco, quod de compensatione in bonæ fidei iudiciis ipso iure admittenda significat, certi iuris & fuit olim, *L. si ambo D. de comp.* & nunc est ex ipsius constitutione. Id exigit æquitas iudicii & compensationis.

V. Quod autem refert in strictis iudiciis non idem ius fuisse olim, sed in his ex rescripto D. Marci compensationem induci solitam per exceptionem, id est, non ipso iure; se autem constitutione sua induxisse latius compensationes, ut actiones ipso iure minuant in omnibus actionibus, proinde & in actionibus stricti iuris: utrumque eiusmodi est, ut videatur aperte falsum esse. Constat enim ex locis minime dubiis, etiam ante tempora Iustiniani, atque adeo temporibus veterum imperatorum & Iurisconsultorum compensationem in strictis quoque iudiciis ipso iure pro soluto habitam fuisse, & reum liberasse. Hoc quidem traditum non obscure in *L.* 4. *C. de comp.* & *L.* 4. *D. eod.* Quod si verum est; neque compensatio prius liberavit reum tantum per exceptionem, neque verum est Iustinianum hoc induxisse, ut compensatio liberaret reum ipso iure. Quorum de utroque ita respondeo. Quod ait Iustinianus prius in stricti iuris iudiciis compensationem inductam per exceptionem; si simpliciter dicat, agnosco falsum esse. Nam si compensatio iam olim pro solutione valuit, ut valuit *d. L.* 4. *C. de comp* (quid enim interest, solvas quid, an quod apud creditorem tuum sit de tuo, velis id ab eo in eam caussam retineri?) sequitur, ut compensatio ipso iure debitorem liberet: quoniam ipso iure liberat, & tollit omnem obligationem solutio. *Inst. quib. mod. tol. ob.* in pr. *L.* 5. *C. de pact.* Nunc autem ait compensationem olim inductam per exceptionem ex rescripto divi Marci. Hæc adiectio, ex rescripto divi Marci, hæc inter se conciliat: facit enim, ut simul verum esse possit inductam a divo Marco compensationem tantum exceptione opposita, & tamen ante tempora Iustiniani, & veterum sententiis compensationem liberasse reum ipso iure. Nihil enim vetat, quominus ætate divi Marci res adhuc dubia fuerit, oporteretne compensationem ipso iure admitti, an vero per exceptionem, unde & ille exceptionem tantum dederit, postea autem sententia obtinuerit, ut compensatio etiam ipso iure haberetur pro soluto in omni pecunia debita. Certe constat pro iure certo hoc usurpatum rescripto Alexandri in *d. L.* 4. *C. de comp.* Sed hic longo post tempore secutus est Marcum Antoninum. Quod si quidam ex veteribus, ut Neratius, idem istud senserunt, ut sensisse indicat *d. L.* 4. *D. eod.* nihil prohibet etiam hic dici, quorundam veterum & hanc iam olim sententiam fuisse; sed non omnium, eoque non fuisse explorati iuris: atque in hac dubitatione sumpsisse divum Marcum id, de quo inter omnes conveniret, si non admitteretur scilicet compensatio ipso iure, at certe admittendam per exceptionem, & hoc illum tanquam tutius & certius esse secutum. Sic tamen, ut dixi, ut postea contra obtinuerit, & quidem tam multo ante tempora Iustiniani. Quod ad Iustinianum attinet, is ante sua tempora ita obtinuisse non negat: denique ut in strictis iudiciis compensatio admitteretur ipso iure, id se indu-

induxisse non dicit. Non enim dicit simpliciter se compensationes latius introduxisse, ut actiones ipso iure minuant, quasi prius omnino non minuerent, quod falsum esse constat saltem in bonæ fidei iudiciis: sed ut minuant in omnibus actionibus sive in rem sint sive in personam: hoc enim additur nominatim in ipsa constitutione, *d. L. ult.* in pr. *C. de comp.* & hoc loco inde sumptum. Induxit igitur, ut minuant in omnibus actionibus: non autem in singulis: & in omnibus scilicet etiam in quibus id non obtinebat: cum prius non obtineret in omnibus: non autem in singulis, cum constet & antea in quibusdam hoc idem valuisse. Quare si constet hoc ipsum obtinuisse antea in strictis iudiciis, intelligi debet non magis dicere Iustinianum id se induxisse in his iudiciis, quam ex iisdem verbis colligimus eum dicere id se induxisse in iudiciis bonæ fidei: quod tamen nemo colligit.

VI. Iam quid ipse constituerit de compensatione in his actionibus admittenda, quidve induxerit, videamus. Induxit autem tria. *Primum*, ut compensationes fiant ipso iure, si quis vult, in omnibus actionibus, sive in rem sint, sive in personam. *Secundum*, ut id fiat certa tantum conditione in omnibus. *Tertium*, ut quædam actiones excipiantur; in quibus iubet nec compensationem admitti. Principio cavet in omnibus actionibus tam in rem, quam in personam compensationes fieri ipso iure. *d. L. ult.* in prin. *C. de comp.* id est, ut hic interpretatur, ut compensationes oppositæ actori minuant actiones omnes ipso iure, ac non tantum opposita & initio contestata compensationis exceptione, sive in rem sint actiones, sive in personam. Et addit hoc loco hactenus se compensationes latius introduxisse. In quo ergo latius, aut quid tandem hac parte novi iuris induxit, cum ante in omnibus actionibus in personam idem iuris fuerit, non tantum si essent bonæ fidei, sed etiam si stricti iuris, ut supra ostendimus? *d. L.* 4. *C. de comp. d. L.* 4. *D. eod.* Nempe hoc latius, hoc denique quod in hac re nunc primum constitutione sua induxit, quod placuit compensationem ipso iure recipi etiam in actionibus in rem. Nam in his prius non recipiebatur: siquidem id exigebat prius compensatio, ut pecunia utrinque deberetur, *d. L.* 4. *C. de comp.* unde & compensatio definita, debiti & crediti invicem contributio. *d. L.* 1. *D. eod.* In actione autem in rem actor petit rem suam, non sibi debitam. §. 1. *supra eod.* At Iustinianus pro debito etiam id haberi vult, ut reus possit compensare, si quid vicissim ei a petitore debeatur. Porro hoc inducto, etiam si de eo nihil induxerit in actionibus cæteris; tamen vere dicetur, induxisse eum eiusmodi compensationem in omnibus actionibus, cum prius non admitteretur in omnibus. Illud tenendum est, cum prius idem ius obtinuerit tam in actionibus stricti iuris, quam bonæ fidei, id ius eum in his actionibus non induxisse.

VII. Secundo loco addit constitutio superiori iuri temperamentum, & hoc novum. Sic enim vult in omnibus *actionibus* compensationem admitti ipso iure, id est, tunc cum initio litis compensatio opposita non est, si ea iure aperto nitatur, ut hic scriptum est; vel ut apertius hoc expressum in ipsa constitutione, si caussa, ex qua compensatur, id est, compensatio obiicitur, liquida sit. Et observandum, conditionem hanc addi constitutione actionibus omnibus, in quibus prius compensationem admiserat ipso iure: proinde non tantum actionibus in rem, sed etiam in personam: & in his non tantum si stricti iuris sint, sed etiam si bonæ fidei. In quo certum est ius ab illo constitui novum. Nam si per compensationem ipso iure liberatus est reus tanquam solutione, semper verum est eum non debere, nec actori ullam esse actionem, ut initio reus negavit: quia solutio fecit, ne ulla esset actio, quæ sublata est: tantum huc res redit, ut probetur solutio. Sed etsi initio opposita esset exceptio aliqua, liceret reo eam persequi postea & probare, etsi prius negasset se debere, & esset convictus. *L. si quidem, C. de excep.* Nunc autem exceptiones omnes qualis est compensationis dicuntur inesse bonæ fidei iudiciis; ut scilicet ante rem iudicatam oppositæ eodem modo a iudice admitti & audiri debeant, ac si initio per litis contestationem essent in iudicium deductæ, ut docui supra ad §. *actionum, num.* 28. *& seqq.* Sed Iustinianus occurrere voluit calliditati reorum, qui cum se victos, & certa petitione teneri vident, re iam diu agitata certo & indubitato debito compensationem opponunt ex quavis caussa undecunque quæsita, & eadem tamen incerta: non quia caussa ita sit, sed ut dum de re incerta quæritur (si modo quæreretur) moras nectant suis ambagibus, & ita frustrentur in debito quanvis non dubio miseros creditores. Quod ille indignum nec ferendum putavit, ut comprehensum est ipsa

ipsa constitutione. Ut igitur compensationis defensio tum opposita omni fraudis suspicione careat, exigit, ut ex caussa liquida opponatur.

VIII. Caussam compensationis vocat, caussam ex qua reus sibi vicissim a petitore quid deberi dicit, cuius debiti nunc defensione ad compensationem utitur: ut cum dicit sibi deberi decem mutua. Hanc caussam ideo exigit, quia sine caussa nihil potest deberi; & ex ea an quid debeatur, necne, solum aestimatur. *L. cum de indebito*, §. *ult.* *D. de prob.* *L.* 2. §. *circa*, *D. de dol. mal. exc.* Haec caussa tunc est liquida, cum certum est ex ea deberi, quod petitur; & ut nunc Iustinianus loquitur, cum ius debitoris apertum est in eo, quod sibi vicissim deberi intendit, quo iure aperto nunc compensatio ab eo inducta nititur. Utrumque ita fit, si de caussa debiti quae allegatur, duo constent; iustam esse debendi caussam, & simul veram. Iusta est, quae est eiusmodi, ex qua iure quid debeatur: veluti si dicat ex caussa mutui, legati, venditi centum sibi deberi, puta mutuo a se data, aut sibi legata, aut ex pretio venditionis debita. Quam cognitionem in quaestione iuris, qualis nunc est, cum scilicet quaeritur an quid debeatur, ideo praecedere oportet, quia frustra quaeritur, utrum caussa vera sit, necne, si constet iam a principio, etsi vera sit, nihil tamen ex ea deberi posse. Cum iustam debendi caussam allegari constabit, sic deinde certum fiet debitum, & apertum ius debitoris, si constabit hanc ipsam caussam esse veram, id est, vere praecessisse, ut dicitur; puta pecuniam mutuo datam, legatam esse, aut rem aliquam tanti venditam creditori. Id constabit vel adversarii confessione, quae facit, ut de re confessa amplius quaeri non oporteat; *L. si quidem*, *C. de excep.* *L. ult.* in pr. *C. quib. ad lib. proc. non lic.* vel probatione oblata & confecta intra id tempus, cuius mora actori non noceat; puta intra tempus, quod debitori condemnato daretur ad solvendum; *L. aufertur*. §. *qui compensationem*, *D. de iur. fisc.* aut si nullum daretur, si eodem die posset de re constare, *arg. in L.* 3. in pr. *D. ut in poss. leg.* aut superest actori aliquid temporis ad probandum quod petit, & intra id debitor compensatione usus de eius caussa doceat. Quod Bartolus recte sensit *ad L. ult. C. de comp.*

IX. Sed meminerimus constitutionem Iustiniani loqui de compensationibus quae fiunt ipso iure, & quod hic exigit de caussa liquida, in huiusmodi compensationibus exigere, id est, tum cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras iudicii intentione actoris iam probata obiicitur compensatio. Sic enim initio cavet constitutio; compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus. Et quod de caussa liquida subiicit postea, ad illam ipsam constitutionem quae praecesserat, temperandam subiicit. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quae non fit ex caussa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina, & reo iam pene convicto opponitur. Ex quo intelligi debet, si quis initio litis utatur exceptione compensationis, cessare constitutionem: ad eas denique compensationes, quae per exceptionem opponantur, non ipso iure, constitutionem non pertinere. Propone aliquem illa exceptione uti hoc modo. Reus a quo decem petebantur, negat se ea debere, & tamen dum de eo dubitat, utitur simul exceptione compensationis, ut dicat, etsi deberet, tamen sibi tantundem ex illa aut illa caussa vicissim ab actore deberi. Dicemus si is quamvis post longa certamina de eo quod petebatur, convictus sit debere, posse tamen eum redire ad exceptionem compensationis, quam initio omiserat, donec de intentione actoris constaret, & posse quanvis caussa ex qua compensatio obiicitur, non sit liquida. Id ius publicum est, datum omnibus reis ad sui defensionem, ut si quis est a quo quid ut debitum petitur, liceat ei ab initio negare intentionem adversarii, & se quidquam ex ea caussa debere: & cum negaverit, addere nihilominus exceptionem, ut dicat, quanvis probatum fuerit, quod intenditur, habere se tamen illam aut illam iustam exceptionem, qua nunc in illum eventum utatur. Ad quem modum iudicio constituto prius imponitur actori necessitas probandi quod intendit: post ubi probaverit, permittitur reo redire ad suam exceptionem, & eam probare: quod non fit nisi in caussa non liquida & controversa: hoc in *L. si quidem*, *C. de comp.* Id ius nisi specialiter superiore constitutione mutatum fuerit, manere oportet. *L. praecipimus*, in fi. *C. de app.* At nullo modo mutari ex iis quae dixi, facile intelligitur. Exigit constitutio caussam compensationis liquidam, cum compensationes ipso iure fiunt. Non fiunt ipso iure, cum initio exceptio compensationis opponitur. Sunt enim haec, ipso iure actionem minui, & per exceptionem, non tantum diversa, sed etiam eius-

eiusmodi, quæ ut tanquam contraria inter se opponantur, *L. qui servum*. *§. 1. D. de obl. & act. L. 4. D. de ser.* Quinimmo ipsa ratio constitutionis aperte exceptionem compensationis etiam in caussa non liquida admittit. Cum enim compensationem ideo repudiat, quia post longa forte & varia certamina, a parte iam pene convicta, certo & indubitato opponitur, condemnationis certæ moratoriis ambagibus excludendæ caussa: apparet si opponatur exceptio compensationis, quod fit ab initio in lite contestanda, ubi nulla adhuc certamina litis fuerunt, reus nullo modo convictus, non magis certum & indubitatum debitum, quam ante, nulla fraudis suspicio ad remorandam condemnationis spem, quæ spes nondum ex ulla probatione constituta est; apparet, inquam, in his rationi legis locum non esse, ideo nec exceptionem in tempore oppositam ad coercitionem legis Iustiniani pertinere. *L. de eo.* iuncta *L. quid enim*, seq. *D. de iud.*

X. Superest exceptio lege Iustiniani inducta, qua & ipsa aperte ius constituit novum. Nam cum prius in omni actione in personam privata compensationi locus esset, excepit lex duo genera, in quibus compensationem in totum non admittit, id est, neque ipso iure, neque per exceptionem, etsi maxime caussa compensationis dicatur adferri liquida: actionem depositi, & omnem qua possessio alienæ rei vi occupata repetitur: utramque non sine certa ratione. Nam depositum unum ex contractibus omnibus non ob aliam caussam datur, quam ut sit quod reddatur deponenti, cum primum reposcet: utpote datum solius custodiæ caussa, donec visum erit deponenti repetere. Adversus hanc conventionem & fidem datam, id est, adversus naturam ipsam depositi fit recta, si dum constabit esse depositum, interponetur ulla mora reddendi etiam prætextu compensationis. Est igitur contra naturam contractus admitti compensationem, ac proinde sane iniquum huius actioni compensationem opponi, ut hic scriptum est: *sane iniquum* sic accipe, iniquum præter actiones cæteras, quæ quidem vim non persequuntur. Vi autem occupatum nullam plane ne in speciem quidem probabilem caussam habet ad retentionem vel rei occupatæ, vel æstimationis eius. Nam a vetere possessore nullus consensus ad rem transferendam, ne coactus quidem, ut est in iis, qui vi metusve caussa quid tradiderunt. Ab eo qui occupavit ad possessionem nanciscendam vis sola. Hanc porro comprobare est contra bonos mores. *L. nihil consensui*, *D. de reg. iur.* Quocirca nihil relinquitur occupanti ad ullam retentionem; proinde nec ad compensationem obiiciendam: quoniam compensatio species est retentionis. *L. 4. L. ob negotium*, *D. de comp.* Ut autem in hac exceptione ratio excipiendi quærenda fuit; ita est numerus actionum exceptarum observandus. Duas superiores excipit: sed has tantum. Hac enumeratione confirmatur compensationi locum esse in actionibus reliquis omnibus. Bene enim dicitur eum qui ex iis rebus quas prius posuerat, aliquas excipit, non posse non videri id ipsum, quod posuerat, in cæteris confirmare; vel ut vulgo, exceptionem confirmare regulam in casibus non exceptis. *L. quæsitum*, *§. idem respondit*, *domo instructa*, in fi. *D. de instruct. vel instrum. leg.* Idque hæc ipsa constitutio in proposito aperte ostendit. Initio enim legis ita definierat Iustinianus, sancire se compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri. Nisi quid inde exceperit postea, necesse est definitionem manere in omnibus: de omnibus enim nominatim caverat. Excipit autem tantum duas illas superiores. Maneat igitur definitio, his exceptis, in aliis omnibus. Quæ & sententia vera est. Ideo & in commodati actione locus erit compensationi, si nihil aliud sit impedimento: hæc enim est ex actionibus quas complectitur constitutio. Nec quominus id dicamus, impediemur *L. ult. C. de Com.* ubi ita scriptum est; *prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*. Aliud est enim rem commodatam retinere velle pro pecunia sibi debita, aliud compensatione uti velle: quoniam compensatio in pecuniam utrinque debitam tantum cadit, ut mox dicetur. Itaque tunc esse posset compensatio in commodato, cum re commodata amissa, aut deteriore facta commodatarii culpa, inciperet commodatarius teneri in rei æstimationem, atque ita pecuniam debere, & vicissim ei ab eo qui commodati ageret, pecunia deberetur. Quo casu & compensationem eius pecuniæ admitti non dubitatur.

XI. Sed quod dicitur in omnibus aliis actionibus compensationi locum esse, non hanc habet significationem, ut semper sit locus in omnibus: sed ut si de genere ipso actionis quæritur, sciamus omnes esse eiusmodi, quæ conditione sua compensationem admittant; & ideo semper admittant, si ut dixi, nihil aliud sit impedimento. Cæterum neque adversus omnes com-

Digitized by Google

compensatio locum habet, neque in omni re debita, cuiuscunque modi sit actio: eaque duo impedimenta sunt, quæ obstent etiam iam olim compensationi. Quæ cum etiam nunc statuimus, nihil tamen contrarium dicimus constitutioni Iustiniani, qui in omnibus actionibus compensationem admittit, duabus tantum exceptis. Non enim hic propter actionem removetur compensatio, ut apparet; sed propter agentis personam cum caussa publica coniunctam, aut propter rem quæ vocatur in compensationem.

XII. Duo sunt, quibus agentibus compensatio de eo quod vicissim privato debitori debent, compensatio obiici non potest, fiscus, & Respublica: sed in certis tantum caussis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehensæ sunt in *L. 3. C. de com. L. ob negotium, D. eod. L. aufertur, §. ut debitoribus, D. de iur. fisc.* ut hic persona actoris, simul & caussa publica excludant compensationem.

XIII. Quod ad res attinet, quæ hanc admittant, probo sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam eum specie ab eo petita compensari posse: multoque minus speciem cum specie. Et in summa ita constituo compensationem in alias res non cadere, quam in quantitates utrinque debitas. Quam ad rem fateor ingenue non moveri me magnopere iis argumentis, quibus vulgo ad hanc rem utuntur, quæ hic afferuntur ab Accursio, & ad *L. ult. C. de comp.* Quin omnia sunt eiusmodi, quæ si quis propius consideret, & generalitatem aliorum locorum de compensatione in omnibus actionibus admittenda conferat, facile totam illam sententiam sit omissurus: adeo in illis nihil firmi pro ea sententia, aut ad aliorum locorum refutationem: ut non sit mirum plerosque doctos viros, dum ea expendunt, & alios locos urgent, facile venisse in contrariam sententiam. Sed huius sententiæ veræ & solidæ rationes sunt tres: quarum duæ ex principiis certis iuris & æquitatis ductæ infirmari posse non videntur: tertia ex significatione verbi sumitur, quæ ut desint cætera, de locis in speciem dissidentibus facile rem expedit. Primum ergo nemo debitor facto suo liberari potest inviro creditore, nisi solvendo. *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Unde & compensatio non alia de caussa debitorem liberat, quam quod pro solutione habetur. *L. 4. C. de comp.* dum scilicet nihil interest, utrum quid tradam creditori meo solvendi animo, an quod meum aut mihi debitum apud illum erat, patiar apud eum esse eo nomine. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. do. L. singularia,* in fin. *D. si cert. pet.* Porro solutio non est solutio nisi eius quod debetur, nec aliud pro alio invito creditore solvi potest. *Inst. quib. mod. toll. obl.* in pr. *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Quare nec aliud pro alio compensari potest: veluti, si cum pecunia, quam reus debet, velit compensare speciem sibi vicissim debitam, aut contra cum specie a se debita pecuniam debitam sibi ab actore. Idque tanto magis recipiendum est in compensatione, quam in solutione, quod absurdum sit ad liberationem plus tribui imagini solutionis, quam veræ & naturali solutioni, quæ solum tunc est, cum pecunia numeratur naturaliter creditori. *L. solutam, D. de sol.* Sit & eiusdem rei hoc argumentum. Nec emere invitus, nec vendere quisquam cogitur. *L. invitum, C. de contr. empt. L. nec emere, C. de iur. deb.* At pecunia a te petita postulare ab actore, ut pro ea pecunia speciem quam vicissim debet, sibi habeat, tu pecuniam illi debitam retineas; nihil aliud est, quam petere, ut eam speciem actor emptam habeat eo pretio, quod tu retines. Et ex diverso specie aliqua a te petita postulare, ut eam speciem retineas invito actore, ille autem pro re pecuniam sibi habeat, quam vicissim tibi debet, nihil aliud est, quam petere, ut eam speciem vendat, tu pro pecunia quam offers, tanquam pretio emptam habeas. Utrumque ideo, quia emptio & venditio est, cum res pro pecunia, aut pecunia pro re datur. *L. naturalis,* in pr. illic., & *si quidem, D. de præs. verb.* Neutrum ergo actor admittere cogitur. Etsi hæc explorati iuris rationem habent; tamen plérique moventur verbis legis Iustiniani, quæ in omnibus actionibus admittit compensationem; in omnibus quidem in personam sine dubio, idque ex iure quoque vetere; sed hoc amplius & in actionibus in rem. Constat autem in plerisque in personam peti non pecuniam, aut quantitatem, sed speciem, ut in commodato. In actionibus autem in rem nunquam aliud, quam rem & speciem certam. *L. si in rem. 6. D. de rei vind.* Sed & alii loci permulti in iis actionibus, quibus species petitur, similiter compensationem recipiunt: quos collegit Duarenus, nempe aliam sententiam secutus, in *L. fructus, §. ob donationes, D. sol. matrim.* Hic ipse locus inter cæteros, ubi traditur iam olim in omnibus bonæ fidei iudiciis officio iudi-

Digitized by Google

cis contineri, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, debeat admitti compensatio, & compensato eo in reliquum reus condemnari.

XIV. Adversus quæ omnia poterat hæc defensio sufficere, ut diceremus admitti compensationem in actionibus omnibus, dummodo ea concurrant, quæ exigit compensationis natura; admitti, inquam, sed suis legibus & conditionibus, quas illi ius imposuit: in quibus est præcipue, ut quantitas invicem debeatur. Nihil ad rem pertinere, quod non adiiciatur hæc conditio superioribus locis. Nam nec negatur. Ideo satis esse, si constet ex aliis hanc legem esse compensationis inter cæteras. Inde videlicet, quod hic desit, esse sumendum: neque enim omnibus locis dicuntur omnia quæ ad rem quamque de qua agitur, pertinent. Iam vero quam hoc exigat compensationis ratio, ut quantitas debeatur invicem, quam compensari volumus, & superiora argumenta luculenter probant, & simul diserte expressum est in *L. 4. C. de comp.* Quo referri etiam possunt, si quis vult, loci in eam rem hic citati ab Accursio: inter quos maxime *L. si convenerit, D. de pig. act.* At quid, si probamus ipsum per se compensationis nomen vi sua hoc continere, ut pecunia invicem debeatur? Opinor, non modo confirmamus illud idem, quod supra; sed etiam de locis istis omnibus in speciem contrariis liquido respondemus, quod omnibus possit esse satis; eorum nimirum ipsorum locorum verbis pecuniam utrinque debitam exigi, quoties compensationis vel simpliciter fit mentio, ut proinde non sit hæc conditio anxie ex aliis locis accersenda. Addamus igitur iam ad omnem certitudinem tertium illud, quod proposuimus, compensationis verbo debitæ invicem pecuniæ contributionem significari, non aliarum rerum. Id etymologia probat, & veterum usus, Compensare ut pensare simplex a pendendo dictum constat. Est autem pendere, pecuniam solvere, auctore Festo, ab eo, quod ære gravi cum initio uterentur Romani, soluturi id appendebant, non numerabant. Unde pensiones & pensitationes dictæ. Hinc compensare dicti duo inter se, cum mutuo pensant, seu pendunt pecuniam alter alteri, quæ alteri debeatur. Pensatio igitur ista, pecuniæ mutuæ pensatio est, non speciei certæ: ut vere dicturi simus compensationem esse non tam debiti & crediti ut est in *L. 1. D. de comp.* quod paulo est generalius, quam debitæ & creditæ pecuniæ inter se contributionem. Quid est autem veteribus pensare beneficium, tarditatem supplicii gravitate compensare, & similia? Est pro eo quod debeas tantum rependere, ut æquam præstationem facias, id est, ut tantundem præstes. At non redditur tantundem certo, nisi cum pecunia aut res aliæ quantitate constantes eadem quantitate redduntur. Quocirca & compensatio quæ proprie nunc appellatur, non debet intelligi ex usu veterum, nisi pecuniæ quantitatisve utrinque debitæ & mutuo imputatæ pensatio. At hoc si ita est, quis relinquitur locus compensationi in actionibus in rem, & aliis actionibus in personam, in quibus certa species petitur? Nullus relinqueretur, si semper aut in his peteretur res ipsa, aut petita restituenda esset. Sed multis modis accidit, ut pro re præstanda sit æstimatio; sive quod dolo malo res non restituitur, sive quod dolo aut culpa eius cum quo agitur, res amissa, aut deterior facta est: ut iam reus quantitatem ex ea caussa debere incipiat, ut de actione in rem traditur in *L. item si verberatum. L. qui restituere, D. de rei vind.* Hic vero compensationi locus, ut si qua pecunia reo vicissim debeatur ab actore, hanc cum illa recte compenset, ut bene hic Accursius.

Præterea

Digitized by Google

Praeterea quasdam.

§. XXII.

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali caussa servum dedat: condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus caussa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus & ceteris similibus permittitur iudici ex bono & aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

I. Supra ad §. *actionum*, monui tripartitam esse illam divisionem, quae in §. *actionum autem*, proponitur. Non enim tantum actiones esse quasdam bonae fidei, quasdam stricti iuris; sed etiam tertium inter utrumque superius interiectum genus earum, quae dicuntur arbitrariae. Id autem genus est, quod hic prioribus illis duobus continenter adiicitur; & quidem admodum significanter, quo intelligatur genus esse distinctum a prioribus; ex eadem divisione tamen, cum ita dicitur statim initio; praeterea quasdam actiones arbitrarias appellari. Non enim aliud valet illud praeterea, quam praeter superiores & tertium hoc genus esse, quas arbitrarias appellamus. Sed quam id verum esset, quamque arbitrariae non essent ex eo genere, quae dicuntur stricti iuris, satis illic ostendimus; & multo etiam certius ex iis quae de natura arbitrariarum hic dicentur, intelligetur. Restat, ut de genere ipso videamus: quod hic breviter quidem, ut pro instituto operis, recte tamen & commode, si quod aliud hoc titulo, explicatur. Quam ad rem accommodate tria ordine complexus est Iustinianus. Primum definitionem: deinde quae huius generis essent actiones: postremo quid esset harum actionum proprium. De singulis quid valeant breviter ita dicam, ut quod postremum posuit, quasi a primo natum secundo loco a me attingatur.

II.

Digitized by Google

II. Arbitrarias actiones sic definit, quæ ex arbitrio iudicis pendent. *in principio, & in* versic. *ad exhibendum*. Et hoc *ex arbitrio iudicis pendere* quid sit, statim explicat; id autem tale esse, *ut nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur, satisfaciat, condemnari debeat*. Quo ambiguitatem priorum verborum sustulit. Potest enim intelligi ex arbitrio iudicis pendere actio, cuius exitus, id est, condemnatio & absolutio sit in arbitrio & potestate iudicis; ut hoc ipsum scilicet pendeat ex eius arbitrio, utrum sententiam ferat, necne, & dum feret, qualem ferat, absolvat reum, an condemnet, & quatenus id faciat. Ostendit non id ita in proposito accipiendum. Et recte. Omnium enim actionum commune hoc est, ut quæcunque potestas est iudicis in quavis actione, ea semper intelligatur, quæ sit vere iudicis. Quamobrem & omnis duplicem necessitatem adiunctam habet; iudicandi primum de qua re cognovit; deinde & recte iudicandi, id est, ut iure scripto & moribus proditum est: quæ duo sunt in officio cuiusvis iudicis. *L. de qua re, D. de iud. Inst. de off. iud.* in pr. Et quoniam iubetur iudicare, hoc verbo etiam continetur, ut de re sententiam ferat, quæ finem imponat controversiæ aut condemnando, aut absolvendo: id enim est iudicare. *L. 1. D. de re iud.* Hic ergo monemur ex arbitrio iudicis pendere dici eas, quæ sententiam quidem suam semper habent, & una condemnationem aut absolutionem, quod est omnium commune: sed habent ante sententiam arbitrium iudicis, rem huius generis propriam, ex quo pendet, non an index sententiam ferat, sed ferendo utrum condemnet, an absolvat. Arbitrium id est, quo iubet iudex, ut reus quid faciat, quod conveniat petitioni & naturæ actionis; quod quale sit, de eo postea. Ex eo autem sic pendet actionis exitus, condemnatio videlicet, aut absolutio, dum ei arbitrio paretur, aut non paretur, ut siquidem paret reus, absolutio: si non paret, condemnatio sequatur. Quod non item fit in cæteris actionibus, quarum hæc natura est, si quasdam bonæ fidei exceperis, ut convicto reo deberi id quod petitur, sententiam differri non debeat, aut ex aliquo iussu & arbitrio iudicis præcedente suspendi; sed statim debeat reus condemnari. Exemplo res plana fiet. Actio de eo quod metus caussa extortum est, arbitraria est, ut hic traditur, & *L. item si cum, §. hæc autem, D. quod met. cau.* Ideo ita dicitur, quia cum sit in quadruplum, non tamen reus quanvis convictus rem metu extortam possidere, statim in quadruplum condemnatur; sed prius iubetur rem de qua agitur, restituere: quam si restituit, evitat quadrupli condemnationem: si non restituit, tum in quadruplum condemnatur. *d. L. item si cum, §. 1. & §. hæc autem, D. quod met. cau. §. item actio, supra hoc tit.* Ut vere dici possit hanc condemnationem ex eo pendere, quod reus arbitrio non paruerit. Item actio de eo quod dolo malo a nobis expressum est, arbitraria est: nam & huius exemplo hic quoque Iustinianus utitur. Nempe ideo arbitraria, quia in hac actione reus convictus rem dolo malo abstulisse, prius iubetur restituere. Nisi restituerit, sequitur condemnatio harum actionum propria, in id videlicet, quanti ea res erit iureiurando actoris æstimata; ut est in *L. arbitrio, D. de dol.* Non idem fit, ut dixi, in cæteris actionibus. Nam actio furti, exempli caussa, ita est dupli aut quadrupli, ut simul atque convictus fuerit reus furtum fecisse, in duplum aut quadruplum condemnetur, neque hanc condemnationem evitet, quantumvis rem forte ablatam primo quoque tempore restituerit. *d. L. item actio, supra eod.*

III. Ex hac definitione intelligimus bonæ fidei actiones non esse arbitrarias, ut nunc arbitrarias appellamus. Etsi enim æstimatio rei in his actionibus arbitrio iudicis libero committitur, *§. in bonæ, supra eod.* unde & ipsa iudicia dicuntur arbitria, & horum iudiciorum iudex arbiter: *L. arbitrium, L. in hoc iudicio, L. ult. D. fam. erc. L. ut fundus, D. com. divi. L. pro soc. D. pro soc.* non tamen istarum actionum condemnatio aut absolutio natura actionis ex arbitrio iudicis præcedente pendet; sed posteaquam probatum est deberi, quod debetur; statim sequitur condemnatio, etsi condemnatio ex æquo & bono concipitur. Nam quod in his iudiciis hoc arbitrium interponitur interdum, quod fit cum res a nobis profecta repetitur, & iubet index eam nobis restitui, ut nisi restituatur, inretur in litem, de quo postea in extremo loco: accidit hoc conditione ipsius rei, cuius pretium non est æquum alterius arbitrio potius statui, quam domini: *L. tutor, D. de in lit. iur.* non utique iudicii propria natura, quæ omnibus conveniat. Alioqui in aliis rebus petitis idem fieret: quod secus est.

IV. Sunt ergo arbitrariæ actionis duo propria, quæ superior definitio exigit: quæ qualia sint, quid postulent, seu quod sit

sit in his officium iudicis, & quæ potestas actionis, sequens locus est, ut videamus, & idem qui amplius expositus naturam huius actionis continet: quod tertium, ut dixi, Iustinianus posuit. Propria hæc duo; arbitrium iudicis præcedens, & sententia quæ sequitur: non tamen sententia simpliciter, sed sententia ex arbitrio pendens. In utroque hoc officium iudicis, quod in commune describit *in extrema* Iustinianus: *permittitur*, inquit, *in his actionibus iudici ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat*. Quo intelligimus potestatem istam atque officium ad utramque illam partem pertinere: Quid contineat, & postulet in utroque, videamus.

V. Et arbitrium quod hic dicitur, est iussus iudicis, quem velut arbiter honorarius interponit rei amice velut componendæ caussa, unde arbitrii nomen, quo iubet reum aliquid facere, convenienter eius actionis, quæ intentata est, naturæ: ut nisi paruerit reus, condemnatio sequatur ea, quam huius generis proprium esse dicemus. Ita describitur arbitrium hoc in *L. qui restituere, D. de rei vind.* ubi tamen arbitrium dicitur in fine *arbitratus*, qui idem & *iussus* in principio. Sic & iussus dicitur in *§. item actio, supra hic*. Quod iubet iudex, unum est ex his tribus, rem de qua agitur, aut restitui, aut exhiberi, aut solvi, prout ad restituendum, aut exhibendum, aut solvendum certo loco quid agetur; quibus in caussis arbitrariæ actioni locus est; quod significatur hic in principio. Idque ipsum illud est, quod superior definitio præcipit faciendum secundum cuiusque rei de qua actum est naturam. Hæc cum iubet iudex, non tantum iubere, & arbitrari, sed etiam arbitrium dare dicitur, pro edere & interponere arbitrium ac iussum. *d. L. item si cum, §. hæc autem, D. quod met. cau. L. arbitrio, §. 1. D. de dol.* Notandum, quidquid hic iubet iudex, hunc iussum dici & arbitrium, non sententiam: *d. L. item si cum, §. hæc autem, D. quod met. caus.* quia in usu iuris sententiam eam proprie dicimus, qua lis deciditur. *L. quod iussit, D. de re iud.* Quod non fit arbitrio interposito in his actionibus. Nam si eo arbitrio lis decideretur, nullæ essent amplius in ea caussa partes iudicis, nec amplius sententiam ferre posset: quippe qui iudex esse desiisset. *L. iudex posteaquam, D. de re iud.* Nunc autem arbitrio superiore dato, adeo lis non deciditur, nec adimitur propterea potestas sententiæ posterioris ferendæ, ut hoc ipso interponatur arbitrium, quo deinde condemnatio aut absolutio, id est sententia, sequatur. Et tamen nihil prohibet hoc arbitrium dici sententiam, ut interlocutio omnis iudicis ad præparationem caussæ aut sententiæ pertinens & ipsa sententia dicitur generaliter. *L. qualem, §. ult, D. de recep.* Sed generis nomen quod erat, contractum est ad eam, quæ rem finit propter excellentiam. Interdum tamen nullum huiusmodi arbitrium interponitur, quale diximus, sed statim fit condemnatio in his ipsis actionibus arbitrariis: quod fit, cum constat rem de qua agitur, restitui aut exhiberi non posse, *d. L. arbitrio, §. 1. D. de dolo*.

VI. Arbitrium sequitur sententia iudicis. *d. L. item si cum, §. hæc autem, quod met. cau. d. L. arbitrio, D. de dolo*. Habet hæc sententia absolutionem aut condemnationem, ut reliquæ. *L. 1. D. de re iud.* Sed in hoc genere actionum utramque ex arbitrio iudicis pendentem. Sequitur absolutio duobus casibus, Uno, si reus paruerit arbitrio & iussui iudicis: puta ut qui iudicis iussu rem metu extortam restituit, absolvatur. *§. item actio, supra hic*. Altero, si non paruerit quidem, sed sine dolo malo & culpa eius factum sit, quominus possit rem restituere; ut in specie actionis quod metus caussa declaratur in *d. L. item si cum, §. aliquando, Quod met. cau.* Quo casu dicitur illic ab Ulpiano arbitrium adferre absolutionem, quia adfert per occasionem. Nam vere aut recta solum absolutionem parit, quod reus paret arbitrio, aut perinde habetur, quasi paruisset, ut hoc casu posteriore. Sed quoniam cum perinde id habetur, vere non paruit, ideo arbitrium ipsum videtur solum esse in caussa, cur reus absolvatur, quia nisi arbitrium intervenisset, reus non absolveretur. Quod si his casibus solis absolutio arbitrium sequitur, fit, ut arbitrio dato tum sequatur condemnatio, cum neque reus fecit, quod iussus est, & per eum stetit, quominus faceret. Hanc condemnationem in actionibus quæ ad restituendum sunt, aut ad exhibendum duplicem esse animadverto, Aut enim quadrupli est: & hæc solum propria actionis quod metus caussa, idque intra annum, de qua in *d. L. item si cum, §. 1. §. hæc autem, quod met. cau. d. §. item actio, supra hic*. Aut est in id quanti ea res est, de qua agitur, Atque hæc ipsa rursum duplex. Alias enim æstimatur res iureiurando actoris; quod fit, cum reus per contumaciam aut dolo malo

Digitized by Google

malo rem non restituit, aut exhibet. *L. arbitrio*, in pr. *de dol. L. qui restituere*, *D. de rei vind. L.* 1. *L.* 2. *L.* 5. *D. de in lit. iur.* Alias æstimatur tantum lis ex vero, id est, quanti est re vera, iureiurando actori non delato. *d. L. qui restituere*, *D. de rei vind. L. in actionibus*, vers. *plane*, *D. de in lit. iur.* Cum autem iudex iusiurandum defert in litem, æstimandum illi permittitur, utrum in infinitum permittat actori iurare, an vero iuriiurando taxationem adiiciat, intra quam iuretur: & cum iuratum est, utrum iusiurandum sequatur, an possit vel prorsus reum absolvere, vel minoris condemnare: de quibus quid servandum sit, est in *L.* 4. *§. iurare*, *§. pen. D. de in lit. iur.* Quibus cognitis, cum hic dicat Iustinianus permitti iudici in his actionibus ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua agitur naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat; si quis quærat, quæ sint iudici ad eam rem æstimanda, & quibus isto modo actori satisfiat, habet ea in his, quæ diximus, breviter exposita. Hæc in summa, ut post interpositum arbitrium (nisi tamen videatur non esse interponendum, ut fit interdum) æstimet iudex ad futuram sententiam, utrum reum absolvere debeat, an condemnare. Absolvendi conditiones certæ. Condemnandi contrariæ. In condemnatione ut litem æstimet, eamque æstimationem pro genere actionis, proque dolo aut culpa rei ita moderetur, ut supra dixi.

VII. Et hæc omnia de natura harum actionum, deque potestate & officio iudicis in illis, usque adhuc certa & communia in actionibus ad restituendum, & ad exhibendum, quæ duo sunt priora genera earum actionum, de quibus paulo post. Habent & ipsa locum in actione de eo quod certo loco promissum est, quod est tertium genus: sed tamen nonnihil huius proprium, diversum a cæteris: quod peculiariter videatur observandum de arbitrio & officio iudicis. Est igitur & hæc arbitraria, cum alio loco agitur, ut hic traditur: non tamen quia semper arbitrium iudicis sententiam præcedat in hac actione; sed quia interdum: cum autem hoc arbitrium non recipit, habet aliud quod committatur arbitrio iudicis, unde & fiat arbitraria. Duo sunt igitur quæ hanc arbitrariam faciunt. Primum illud semper, quod cum hac actione alio loco agitur, & placet interim utilitatem loci constituti reo servari; committitur arbitrio iudicis hæc ipsa æstimatio, ut æstimet ex æquo & bono, quanti interfit promissoris constituto potius loco solvere, quam in eo, in quo agitur. In quo & actoris quoque pro æquitate eius arbitrii ratio habetur: atque hinc maxime huius arbitrariæ nomen. *L.* 3. *L.* 2. in pr. & *§. ult. L. centum*, illic, *circa cuius*, *D. de eo quod cert. loc.* Sed hoc commune huic actioni cum bonæ fidei iudiciis, nec satis idoneum, cur dicatur ex arbitrio iudicis pendere. Alterum est proprium huius generis, quo ad definitionem quoque superiorem pertinere intelligitur, quod & huius condemnatio aut absolutio interdum pendet ex arbitrio iudicis præcedente. Nam sive reus pecuniam loco constituto obtulit, sive dicit se eam eo loco deposuisse ad solutionem, sive dicit eam loco constituto facile solvi posse; audiendus est, si postulet sibi fieri potestatem solvendi constituto loco cautione in eam rem exacta: hoc in *L.* 4. *§.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* Ex quo colligimus in eo officium esse iudicis, ut iubeat reum his casibus pecuniam loco constituto solvere, & eo nomine cavete; hac lege videlicet, ut si reus huic arbitrio pareat, absolvatur; si non pareat, condemnetur, ut eo ipso loco quo actum est, solvat.

VIII. Cognita definitione arbitrariæ actionis, tum eius natura, quæ hoc ipsum arbitrium efficeret, unde est nomen & definitio; reliquum est, videamus tertio loco quod secundum Iustinianus posuit, quæ sint actiones huius generis. Quæstio quidem naturæ ordine prima, si dubitaretur, an essent aliquæ actiones arbitrariæ, & enumeratione generum id probandum esset. Prius est enim, ut sit actio, quam ut qualis sit, quidve contineat, quæratur. At hoc posito esse aliquas arbitrarias, quod hic pro certo ponitur, ut & constat esse quasdam bonæ fidei, quasdam stricti iuris; nihil aliud sequitur, quam ut quæratur, quid sit hoc verbi, quid singularum proprium, quo aliæ distent ab aliis, tum quæ in hoc numero, id est, quæ ista conditione quæ exposita est, habeantur. De eo Iustinianus ita scribit, ut significet ex arbitrariis actionibus quasdam esse ad restituendum, quasdam ad exhibendum, quasdam ad solvendum. In noxali autem actione hanc esse disiunctionem, ut ista fiant, aut servus noxæ dedatur. In quo hæc genera illum notasse apparet. Sed in his omnibus particula veluti tantum usus, ut diceret, veluti rem restituat, vel exhibeat, & reliqua eodem modo, tum hæc ipsa genera postea exemplis quarundam actionum tantum indicatis,

tis, dubium fecit, essentne genera hæc sola, an plura, & an omnes horum generum essent arbitrariæ. De quo sic breviter constituimus, actionum arbitrariarum tria esse genera: aut enim esse ad restituendum, aut ad exhibendum, aut ad solvendum. In aliquo genere ex his semper esse noxalem. Quæ ad restituendum sunt, omnes esse arbitrarias, dum non sint bonæ fidei. Ad exhibendum omnem arbitrariam sine exceptione. Ad solvendum eas tantum, quæ sunt de eo quod certo loco debetur. Sed hæc & explicationis & confirmationis indigent. Quare singula videamus.

IX. Et de iis quæ sunt ad restituendum, sic statuo, inquam, quibus actionibus id agitur, ut res nostra aut ad ius possessionemve nostram pertinens, nobis restituatur (nam in his proprie restitutionis verbum obtinet, cum de re actori restituenda agitur) omnes dum bonæ fidei non sint, esse arbitrarias. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Omnes in rem actiones ad restituendum competunt. Et omnes item arbitrariæ, excepta hereditatis petitione, quam bonæ fidei esse diximus, non quod non admittat eandem æquitatem arbitrii & restitutionis, qualem esse diximus in reliquis in rem; sed quia dum idem fit, non necesse est aliter dici, quam bonæ fidei, cum id consequatur bonæ fidei potestate, non arbitrii conditione: a qua sola dicuntur actiones arbitrariæ, de quo paulo post plura. Reliquæ, ut dixi, arbitrariæ. Quod ex generibus earum facile intelligetur. Nam aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles, quibus rem nostram petimus, sive ea corporalis est, sive incorporalis. Prætoriæ cæteræ, de quibus in §. *sed istæ*, & deinceps. *supra eod.* Prætorias arbitrarias esse declarat hoc loco Iustinianus Publicianæ & hypothecariæ exemplo: has enim cum exempli loco, addita scilicet particula *veluti*, arbitrarias esse dicit, satis significat non has solum, sed & cæteras eiusdem generis, id est, in rem, & prætorias esse arbitrarias. Et sunt omnino, utpote in quibus sit idem iussus iudicis de re restituenda, & nisi iussui pareatur, eadem condemnatio, ut significatur regula generali Ulpiani tradita in *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.* Et certe quod dicitur hypothecaria arbitraria esse, eo fit, quia prius possessor iubetur hypothecam quam possidet creditori restituere, ac nisi restituit, sequitur condemnatio arbitrariarum actionum propria, in id scilicet, quanti ea res est iureiurando actoris æstimata, ut declaratur in *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pig.* Cæterarum prætoriarum cum eadem petitio sit, eadem restitutionis æquitas; idem quoque arbitrium iudicis & eandem condemnationem in his esse necesse est: unde & arbitrariarum nomen. De rei vindicatione quæ civilis in rem actio est, nulla mentio hoc loco: sed ideo, quia prioribus positis non fuit necesse. Nam si in iis actionibus in rem, quibus non petimus rem nostram, sed aliter ad ius nostrum pertinentem, admittitur ea æquitas arbitrii & condemnationis, quam diximus: quanto magis intelligi debet admitti eam in eo genere, in quo rem nostram petimus? Et vero in hac præcipue idem iussus de re restituenda, & re non secuta idem exitus condemnationis, ut explicatur in *d. L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Atque hæc arbitrariarum actionum definitio est, & nota, ut sint, in quibus condemnatio ex arbitrio iudicis pendeat, ut hoc loco definitur. Est igitur & hæc præcipue actio arbitraria. Proinde omnes in rem actiones arbitrariæ, ut proposui.

X. De actionibus in personam, quæ ad earundem rerum restitutionem competunt, idem iudicandum est, dum, ut dixi, non sint bonæ fidei. Indicatur id quoque aliquo modo hoc loco exemplis duarum actionum, quod metus caussa, & de dolo, quas Iustinianus aperte hic actionibus in personam subiicit, & constat competere, ut restituatur quod metu extortum, aut dolo expressum est, quarum exemplis & antea sum usus, & quam essent, dicerenturve arbitrariæ, ostendi. Sed an hæ solæ ex hoc genere essent arbitrariæ, dubitari potuit; cum hæ propter metum & dolum qui intervenit, viderì possent singularem quandam restitutionis æquitatem, & delicti coercitionem desiderare. Verum ne dubitemus cæteras quoque in personam quæ sunt ad restituendum, similiter esse arbitrarias, faciunt exempla actionis rerum amotarum, item Favianæ de his quæ in fraudem patroni alienata sunt. Rerum amotarum actio condictio est. *L. rerum*, 26. *D. rer. am.* proinde actio in personam. §. *appellamus*. *supra hic.* Favianam actionem in personam esse, non in rem diserte scriptum est in *L.* 1. §. *hæc actio*, *D. quæ in fraud. patr.* Harum tamen in utraque traditur si res non restituatur, damnari reum, quanti actor in litem iuraverit. *L. si cum dos*. §. 1. *D. rer. am. L. tenetur*, 5. *D. quæ in fraud. pat.* Quo quidem non aliud significatur, quam in his

Digitized by Google

his id fieri, quod in cæteris actionibus arbitrariis fieri supra diximus, prius nimirum iuberi reum rem restituere: si non restituit, litem adversus eum æstimari, quanti res est inreiurando ab actore æstimata; quibus conditionibus iusiurandum in litem deferri solet. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *D. de in lit. iur. L. arbitrio, D. de dol. L. qui restituere, D. de rei vind.* Atque hoc cum sit, actio est arbitraria; hae enim de caussa actio quod metus caussa, & de dolo dicuntur hoc loco arbitrariæ. *d. L. arbitrio, D. de dol.* Confectum est igitur, quod posui, omnes ad restituendum actiones, si bonæ fidei non sint, esse arbitrarias.

XI. Si sint bonæ fidei, ut possunt esse, qualis est commodati, depositi, locati: nihil vetat idem arbitrium de re restituenda prius interponi, ac nisi arbitrio pareatur, idem iusiurandum in litem deferri actori. Immo vero in his quoque isto modo res transigi solet: eiusque rei certum argumentum est, quod in his æstimatur lis inreiurando in litem re non restituta. *L.* 5. *L. tutor, D. de in lit. iur. L.* 3. §. *in hac, D. com. L.* 1. § *in deposito, D. depo.* Non enim in actionibus, quæ ad restituendum sunt, huic iuriiurando locus est, nisi ob contumaciam non restituentis, nec contumacia, nisi eius qui non paret iudicis arbitrio. *d. L.* 1. *L.* 2. §. 1. *de in lit. iur.* Sed fit hoc totum natura & potestate harum actionum omnem speciem æquitatis complectente. Sunt enim bonæ fidei. Bona fides enim summam æquitatem per omnia desideret; *L. bona, D. dep.* nempe inter cætera hanc quoque ipsam æquitatem restitutionis & arbitrii exigit. Neque ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quia id non habent ex arbitrii conditione sola. Aliter atque arbitrariæ actiones, quæ hanc unam fere habent speciem æquitatis, ut arbitretur iudex primo fieri, quod rei petitæ convenit, post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Denique sic fuit earum vetus formula, non ut iudex iudicaret in universum ex fide bona, sed iuberetur arbitrari de eo quod petitum est, sic deinde condemnare sub conditione, *si ea res arbitrio iudicis non restituetur, exhibebitur. L. item si cum, §. pro eo autem, D. quod met. cau.*

XII. Quod ad actionem ad exhibendum attinet hæc genere & specie una est. Habet enim omnis hanc caussam agendi communem, si actoris intersit rem exhiberi. *L.* 3. §. *sciendum, D. ad exhib.* finem hunc & ipsum communem, ut res exhibeatur. Variis quidem de caussis potest accidere, ut intersit agentis rem exhiberi, quo nomine ad exhibendum agetur. *d. L.* 3. §. *est autem, D. ad exhib.* Sed hoc non magis facit plures species huius actionis, quam fiunt plures rei vindicationis ideo, quia dominium quod hanc actionem parit, contingere potest ex caussis variis rerum acquirendarum. Et ideo non ut in superiore genere, quod est ad restituendum, Iustinianus dixit de pluribus eius generis actionibus eas esse arbitrarias, & certis exemplis uniusculusque speciei usus est; ita in hoc ad exhibendum: sed verbo generis rem complexus sub appellatione singulari ait, ad exhibendum quoque actionem ex arbitrio iudicis pendere. Primum ut intelligeremus non esse hic quærendum, an omnes actiones huius generis essent arbitrariæ, cum una esset ad exhibendum actio, non generibus plures: deinde ut si forte occurrerent plures, ut possunt plures esse numero variis ex caussis natæ eius, quod agentis interest, sciremus omnes esse arbitrarias; quia omnes essent unius generis & unius modi, quarum una æque esset ad exhibendum actio, atque altera: ut cum iisdem caussis contineantur omnes, sit & in omnibus eadem arbitrii æquitas, & iudicii conditio atque exitus. Dicitur autem & actio ad exhibendum ex arbitrio iudicis pendere, id est, esse arbitraria, quia & in hac fit idem, quod in superioribus. Nam & hic reus contumax per in litem iusiurandum petitori damnatur. *L.* 3. §. *præterea, D. ad exb. L.* 2. §. 1. *de in lit. iur.* Hoc autem fit eodem modo, quo supra. Postquam actor docuit sua interesse rem exhiberi, iubetur exhibere: nisi exhibet, condemnatur quanti actor in litem iuraverit. Ita pendet hæc itidem condemnatio ex illo arbitrio iudicis.

XIII. De iis actionibus in personam, quibus agitur, ut quid solvatur, solæ hæ sunt arbitrariæ, quibus petitur, quod certo loco dari debet, cum alio loco agitur: quod concessum est §. *loco infra eod. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. L.* 1. *D. de eo quod cer. loc.* Si quidem certo loco promissum sit, nempe stipulanti, ut fit ex stipulatu actio, ius certum, *d. L.* 1. *de eo quod cer. loc. d.* §. *loco infra* de quo ideo & hoc loco scriptum est. Sed nihilominus etsi quid debeatur certo loco aliter quam ex stipulatione, idem iuris est: veluti ex testamento, aut ex mutui caussa. *L. si heres. L.* seq. *D. de eo quod cer. loc.* Aliam huius generis actionem arbitrariam non agno-

agnoscimus. Quid tamen de redhibitoria dicemus? Nam & ea id agi constat, ut pretium reddatur emptori, & ut edictum aedilicium loquitur, ut solvatur. *L. aediles etiam*, §. *ult.* *L. redhibitoria*, *D. de ad. ed.* Et tamen hanc actionem esse arbitrariam ex eo intelligere possumus, quod huius condemnatio dicitur pendere ex arbitrio iudicis, si pecunia soluta non erit a venditore, aut emptor qui eo nomine obligatus erat, non liberatus. *d. L. redhibitoria*, *d. L. aediles etiam*, §. *ult.* Dicemus, si redhibitionis nomine agatur ex empto, ut potest. *L. ex empto*, §. 1. *D. de act. em.* non esse hanc arbitrariam, etsi maxime praecedat arbitrium & iussus aliquis iudicis condemnationem. Est enim actio ex empto bonae fidei. §. *actionum autem supra hic.* Iam autem ostendimus quae actiones sunt bonae fidei, eas non esse arbitrarias. Sin tanquam ex edicto Aedilium agitur actione in factum, quales solent esse actiones ex edictis praetorum, & hanc talem esse constat: *L. quod si*, §. *in factum*, *D. de ad. ed.* non negabimus esse arbitrariam: quod pluribus ostendi in commentario de aedilicio edicto. Neque ideo superiora mutamus. Non enim redhibitoria ea parte arbitraria est, qua id agitur, ut pecunia solvatur, cuius pecuniae condemnatio semper una & certa est: sed qua parte id agitur, ut liberetur emptor, uti eodem edicto cautum est. Tunc enim huc spectat actio, ut restituatur emptori sua libertas, quae illi per caussam vitiosi mancipii venditi ablata est. Iam autem dixi omnem actionem ad restituendum, si bonae fidei non sit, esse arbitrariam.

XIV. De uno genere hic dubitatur, noxali actione videlicet, id est, ea quae ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus vel litis aestimationem sufferat, vel servum noxae dedat. *L. 1. D. de nox. act. infra eod. tit.* in pri. Hanc quoque esse arbitrariam Iustinianus hoc loco aperte scribit, cum eam caeteris annumerat eodem contextu: eum ait denique etiam huius condemnationem pendere ex arbitrio iudicis, & sequi, nisi dominus cum quo agitur condemnatus, aut solvat, aut ex noxali caussa servum dedat. Atqui non esse hanc arbitrariam, hoc exemplo convincitur, si proponas agi noxali actione de damno a servo dato. Non enim potest dici hoc casu actio esse arbitraria, nisi aut condemnatio huius iudicii arbitrio iudicis committitur, ut fit in actione arbitraria de eo quod certo loco promissum est, *L. 3. de eo quod cer. loc.* aut arbitrium & iussus iudicis condemnationem praecedit, quam deinde sequatur condemnatio in aestimationem damni. Horum neutrum fit in hac actione. Nam primum hic iudici praescribitur iure, quam sententiam ferat; ut dominum scilicet in decem, aut servum noxae dedere condemnet. *infra de off. iud.* in pr. Quod necesse habet facere iudex, id eius potestati & arbitrio non subiicitur. *L. verbum oportere*, *D. de verb. signif.* Hoc amplius ibidem & statim iubetur iudex ita dominum condemnare, postquam probatum erit servum damnum dedisse. Quae res adimit omnem arbitrii prius interponendi facultatem, cui parendo liceat hanc condemnationem evitare, ut fit in actionibus arbitrariis. Non est igitur sine dubio ex hac caussa actio noxalis arbitraria, aut pendens ex arbitrio iudicis. Quod & verum est: nec contrarium scribit Iustinianus. Quemadmodum enim cum dicit inter caetera condemnationem pendere ex arbitrio iudicis, id est, actionem esse arbitrariam, si is cum quo agitur non solvat, non sic accipiendum est, ut velit omnem actionem ad solvendum esse eiusmodi, sed aliquando, ut cum agitur alio loco de eo, quod certo loco dari oportet: ita & cum in noxali caussa idem evenire dicit, sic accipere debemus, ut ea actio aliquando sit arbitraria, non semper, neque ex omnibus caussis. Animadvertendum est enim Iustinianum initio, quo loco actiones arbitrarias proponit, de his exempli caussa dicere, non autem definire in universum, quae sint actiones arbitrariae. Et res ita habet. Interdum noxalis actio arbitraria non est; interdum est arbitraria. Ex quibus caussis si ex maleficio domini adversus dominum agatur, actio arbitraria non est, ex iisdem caussis si ob maleficium servi adversus dominum noxali agetur, noxalis actio non erit arbitraria: optima ratione, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quae in directa, nisi quod in noxali haec disiunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxae dedat. *d. tit. de off. iud.* in pr. At hoc fit simul & coniunctim. Unde eveniet, ut si de aestimatione damni nullum arbitrium iudicis praecedit, ne praecedat quidem de noxae deditione, cuius praestatio eodem tempore iniungitur: proinde & tota condemnatio in hac actione statim & eodem tempore ad damni aestimationem, aut noxae deditionem conferatur. Accidit hoc in iis actionibus ex maleficio, ex quibus pecunia solum petitur, ut legis Aquiliae de damno da-

Digitized by Google

to, furti, iniuriarum. Contra si quibus ex caussis dominus ex maleficio suo conventus teneatur arbitraria, ex iisdem caussis conventus ex maleficio servi, noxali actione tenebitur, simul & arbitraria: scilicet ut arbitrium quod in directa actione adversus dominum contineret iussum de re sola restituenda: hoc in noxali itidem praecedat de ea re, sic tamen ut simul coniunctum habeat iussum de servo noxae dedendo sub disiunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxae dedat. Quod si neutrum fecerit, tum condemnetur in litis aestimationem, qualis adversus eum futura esset suo nomine. Finge servum meum adhibuisse, & per vim quid abstulisse. Erit eo nomine quod metus caussa actio adversus dominum noxalis. *L. quod dicimus, D. quod met. cau.* Hanc vero arbitrariam esse intelligimus, id est, iudicis officium in ea tale esse, ut primum arbitretur, & iubeat iudex dominum rem a servo extortam restituere, aut servum noxae dedere disiunctim. Quod nisi dominus faciat, tum is in quadruplum condemnetur; quae condemnatio est eius actionis propria.

Curare.

§. XXIII.

Sententiam certam ferri debere, definitio quam apposite subiecta hoc loco, & quam hic sententiam habeat. I.
Curare debere necessitatis. II.
Sententia incertae cur non valeat. III.
Certa sententia quae. IV.
Id quod interest, incertum: peti id omnibus iudiciis ubi quid fieri debuit. Hic tamen sententiam certam ferri debere. V.
Incertam sententiam interdum ferri necesse esse, ac tum valere, & ubi id accidat. VI.

Curare autem debet iudex, ut omnino quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat: etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

I. NON temere est, quod de certa sententia ferenda, hoc loco superiori divisioni actionum subiicit. Nam in bonae fidei actionibus dixerat permitti iudici aestimare quantum alterum ex litigatoribus alteri praestare oporteret ex aequo & bono. §. *in bonae supra*. Et in actionibus arbitrariis prope idem proxime statuerat: iudici videlicet permitti aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Quibus verbis satis intelligitur, si quae hic iudex aestimet, haec eum certa facere debere, & sententia sua ita complecti. Neque enim aestimat iudex, nisi quod praestetur, seu quo satisfiat alteri. Neque vero praestari potest, nisi certum: nec satisfieri alteri nisi re certa. Sed quia permittendi verbo usus erat, quo verbo res potestati iudicis subiicitur, non iuris necessitati, *L. non quidquid, D. de iud. L. 1. C. quom. & quand. iud.* & praeterea hanc aestimationem tribuerat superioribus tantum duobus iudiciis, bonae fidei, & arbitrariis: tria hinc nata sunt circa hanc aestimationem, de quibus dubitaretur. *Primum*, an etiam in supraseriptis iudiciis iudex in re aestimanda certam sententiam, id est, certae rei & quantitatis ferre deberet. *Alterum*, an in his solum certam sententiam ferre, an vero etiam in omnibus. *Tertium*, an & tunc, cum de incerta quantitate apud eum actum est. Quae cum ex proximis definitionibus nascerentur, commodum subiecit Iustinianus de certa sententia ferenda, quod ut ad eas dubitationes dirimendas, sic ad omnia iudicia pertineret, atque ita definit. Quidquid de potestate aestimandi iudici in superioribus iudiciis duobus permissa diximus: sciendum est iudicem curare debere, ut in his certam sententiam ferat: nec in his tantum, sed facere id debere omnino, vel ut in aliis exemplaribus legitur, *omnimodo*. Quod sic interpretandum est, ut debeat in universum & sine exceptione in iudiciis omnibus tum stricti iuris, tum

tum superioribus: denique ubicumque sententiam feret. Neque solum debere tunc id facere, cum res aut quantitas certa petita est, sed etsi de in certa quantitate apud eum actum sit: cum hac tamen exceptione, quatenus fieri id possit. Quæ huius loci sententia est, cumque ad omnes actiones pertineat, quam recte tamen cohæreat cum præcedentibus, & quam apte, quamque prope necessario hoc loco inseratur, apparet.

II. Ait, *curare debet iudex, ut certam sententiam ferat*. Præceptum hoc est, non simplicem admonitionem continens, quomodo quam optime iudex se gerat in sententia ferenda, sic tamen, ut si forte secus faciat, sit impune; sed rem necessitati iuris subiiciens: ut, cum alibi dicitur iudicem observare debere, ne aliter iudicet, quam iure proditum est: ubi certum est hoc exigi, ut faciat, alioqui ratum non sit, quod dixerit. *tit. de off. iud.* in pr. *infra*. In proposito autem adeo necesse est, ut iudex certam sententiam ferat, ut nisi faciat, sententia non valeat ipso iure, nec rei iudicatæ habeat auctoritatem. *L. pen. L. ult. C. de sen. quæ sine cer. quan. prof. L. in sententiis, D. de re iud.*

III. Merito: nam nec res iudicata est, cum sententia sine certa re aut quantitate profertur: si quidem ea res iudicata est, quæ finem accipit controversiarum sententia iudicis. *L. 1. D. de re iud.* Non imponit autem finem controversiæ ea sententia, cuius ex conceptione non apparet, quid, quantumve præstandum sit, de quo quærebatur. Hæc sententia iuris, certam sententiam ferri debere, generalis est non ad unum genus actionum pertinens, sed ad omnia quibus id agitur, ut reus ad aliquid præstandum damnetur. *d. L.* pen. & ult. *C. de sent. quæ sin. cer. quan. d. L. in sententiis, de re iud.* ut si de certitudine sententiæ ferendæ quæritur, dubitari non debeat, quin ad omnes omnino actiones pertineat huius loci definitio.

IV. Certam tamen sententiam intelligere debemus non eam tantum, quæ verbis certam rem aut summam expressam habet; sed etiam quæ rem aut summam non exprimens, tantum demonstrat ex loco certo, ubi ea res aut summa certa continebatur: ut si dicat iudex, solve quod petitum est, cum certum petitum esset, idque ex actis constaret: solve quod illis codicillis continetur, cum codicilli in iudicio essent prolati. *L. in sententiis,* in fin. pr. *L. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quantit.*

V. Ait, *etiam si de incerta quantitate apud eum actum est*. Additum propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit quod debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest. *L. si pœnam L. stipulationes non*, vers. *Celsus. L. quoties quis, D. de ver. ob. L.* 1. in pr. *D. de act. em.* Id autem quod interest, incertum. *d. L. si pœnam, D. de verb. obl. §. ult. Inst. eod. L. ult. D. si quis in ius voc. non ier.* de quo scripsi ad *d. L. si pœnam*. Hoc ergo Iustinianus vult intelligi, etsi in id quod interest actum sit, cuius quantitas incerta est, nihilominus iudicem prius cognoscere debere, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia complecti, & in eam summam reum condemnare; ut fieri debere præcipitur in *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Si condemnaverit his verbis, solve Titio quanti eius interest, nihil egit, tametsi id dixit, quod petitione continebatur. *arg. in d. L.* pen. & ult. *C. de sent. quæ sine cer. quan. prof.* Neque vero metuemus, ne cum iudex de incerta quantitate eius quod interest aditus, in certam quantitatem reum condemnaverit, videatur in aliam rem condemnasse, quam petita est, contra *L. ult. C. de fid. lib.* Nam & cum certam summam dicit iudex eius quod interest, non aliam rem dicit, sed eam quæ petita erat, explicat, nihilominus ut dicat eandem, quam actor intelligi voluit: ut de frumento commodissime dictum est a veteribus, eum qui excussit frumentum ex spicis, non novam speciem facere, sed eam quæ est, detegere. *L. adeo, §. cum quis ex aliena*, in fin. *D. de acq. rer. do.* Animadvertendum est autem vel hanc ipsam adiectionem facere, ut definitio huius loci referri debeat ad omnes actiones; arbitrarias quidem certe, de quibus egit proxime; sed non minus ad eas, quæ sunt bonæ fidei, & quæ stricti iuris. Quid enim, an dubitamus in his iudiciis posterioribus de obligationibus faciendi sæpe agi, & venire in iudicium id quod interest, id est, rem incertam? Actio ex empto bonæ fidei actio est. *§. actionum, supra*. Si tamen res vendita non tradatur, in id quod interest agitur. *L. 1. in pr. D. de act. em.* Actio ex stipulatu stricti iuris. *L. 5.* in fin. iuncta *L. alias, seq. D. de in lit. iur.* Et quis ignorat in stipulatum ut plurimum deduci, ut quid fiat; & si id factum non sit, venire incertum, id est, id quod interest? *d. §. ult. Inst. de verb. obl. L. si pœnam,*

nam, *D. eod. L. ult. D. si quis in ius voc. non ier.* Quinimmo cum ex stipulatione duæ sint actiones, condictio certi, & ex stipulatu: ex stipulatione certa certi condictio est; nunquam ex stipulatu nisi ex incerta stipulatione, *supra de verb. obl.* in pr. Quare si in omnibus actionibus certa sententia esse deber, & omnes admittunt, ut de incerta quantitate agi possit: dubitandum non est, quin definitio huius loci utrumque complexa ad omnem actionem, non ad proximum tantum genus debeat referri.

VI. Ait, *quantum possibile ei sit*. Quo significatur non omnem sententiam quæ fertur sine certa re, aut quantitate non valere; sed tunc, cum natura rei patitur, ut certa sententia ferri possit: cæterum & tunc valere, cum per rei petitæ naturam non licet iudici aliam sententiam ferre, quam incertam. Quando autem certam sententiam ferre possit iudex, quando non possit, si quæritur, ita recte definiemus, semper certam sententiam ferri posse a iudice, nisi cum rei petitæ præstatio pendet ex electione debitoris: quod accidit in pluribus rebus disiunctim, aut generaliter promissis, ut declaratur in §. *si quis agens*, vers. *huic autem & seq. infra eod.* In his cum sit debitoris electio, placet quoque talem actoris petitionem esse debere, ut eodem modo petat, quo stipulatus est, id est, disiunctim Stichum, aut decem, aut generaliter hominem, ut ibidem scriptum est. In huiusmodi vero petitione fieri non potest, quin eadem sit condemnatio iudicis, id est, incerta, ne in unam rem certam promissorem condemnando adimat ei electionem, quam & stipulatio, & petitio actoris illi tribuit: de quo scripsi *ad L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obligat.*

Si quis agens, usque ad §. si minus.

§. XXIV.

De plus petitionibus hoc loco agendi occasio, & totius loci summa. I. II. III.

Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, caussa cadebat, id est, rem amittebat: nec facile in integrum, restituebatur a prætore, nisi minor erat vigintiquinque annis. Huic enim, sicut in aliis caussis caussa cognita succurrebatur: si lapsus iuventute fuerat; ita & in hac caussa succurri solitum erat. Sane si tam magna caussa iusti erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset: etiam maiori vigintiquinque annis succurrebatur, veluti si quis totum legatum petierit: post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

I. Superioribus divisionibus cum docemur, quid & quantum quaque actione petere possimus, eadem opera hoc docemur, neminem recte agere, nisi qui petit, quod debetur, & quantum debetur. Hinc quæstio, si actor in agendo non servarit hanc legem, ut solum peteret, quod quantumve debetur, an impune id faciat, necne. Ideo peropportune ea quæstio post superiores divisiones expositas hoc loco a Iustiniano explicatur, pertinetque ea tractatio usque ad §. *sunt præterea*, *infra*. Est autem totius disputationis hæc summa. Ei qui superiorem legem non servarit, interdum petitio nocet, interdum non nocet: id accidit ex eo, quod contra eam legem fit non uno modo, neque omnes modi eodem iure tenentur. Aut enim plus petitur quam debetur, aut minus, aut aliud. De prima specie agit Iustinianus in §. *si quis agens*, *usque ad* §. *si minus*: ibi deinceps, de duabus posterioribus. Si quis plus petit, quam debetur, non modo non consequitur, quod petit; sed est etiam pœna adversus eum eo nomine constitu-

Digitized by Google

ſtituta, ut diſcant omnes ius ſuum prius diligenter explorare, & temperare ab iniuria; certe falſo & inani iudicii metu non creare aliis moleſtiam. Hæc pœna olim alia fuit, alia nunc eſt. Sic olim; qui plus petebat, & ut Iuſtinianus hoc pluribus explicat, ſi quis agens intentione ſua plus complexus eſſet, quam ad eum pertineat, cauſſa cadebat, id eſt, rem amittebat: *hoc* in pr. *idem in L. ſi pater, 36. D. de ſol.* Eratque hæc cauſſæ amiſſio eiuſmodi, ut adverſus eam nemo reſtitueretur a prætore, niſi ex iis cauſſis, quæ iure communi etiam in aliis rebus præberent in integrum reſtitutionem. Minor potuit reſtitui ob ætatem ex edicto generali de minoribus. *L. 1. D. de min.* Maior, ſi iuſta facti ignorantia factum eſſet, cur putaret plus ſibi deberi, quam vere debebatur: ex illa parte edicti de maioribus reſtituendis; *item ſi qua alia mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam*, ut ſcire licet ex *L. 1.* in fi. *L. ſed etſi, §. ult. D. ex quib. cau. ma.*

II. Neque hæc pœna ſolum adverſus eum, qui re plus petiiſſet, veluti pro decem aureis viginti: ſed etiam qui plus petiiſſet quovis modo. Quid ergo, quæreret aliquis, aliis quoque modis plus petitur, quam aut plures res, aut maiorem quantitatem petendo, quam debetur? Sane aliis: & in ſumma plus petitur quatuor modis, ut docet, & commode explicat in *§. plus autem*, & deinceps, re, tempore, loco, & cauſſa. *Re*, cum re aliqua certa, aut certa quantitate debita, plures res aut maior quantitas petitur. *Tempore*, cum quod in diem aut ſub conditione debetur, ante tempus petitur. *Loco*, cum quod ut certo loco detur, cautum eſt vel ſtipulatione, vel conſtituto, vel teſtamento, id alio loco petitur ſine loci adiecti commemoratione: nam ſi loci conſtituti mentio fiat, licet alio loco petere, conſtituta in eam rem actione arbitraria, quæ iniuriam mutati loci prohibeat. *Cauſſa*, cum ex pluribus rebus aut certis diſiunctim, aut infinite & generaliter promiſſis, actor unam aliquam certam petit auferens reo electionem, quæ in hoc genere illi tribuitur: ut cauſſa hic ſignificat ſpeciem & figuram promiſſionis. De ſuperiore electione ſcripſi ad *L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obl.* Quibuſcunque, inquam, modis ex his quatuor plus petitum eſſet, ea erat pœna plus petitionis, quam ſupra diximus.

III. Sed hæc olim. Ab ea receſſum eſſe docet in *§. ſed hæc quidem*, idque partim Zenonis conſtitutione, partim ſua: ſic tamen, ut alia nunc quoque relinquatur, ſed non ita gravis. Zenonis conſtitutio fuit de iis, qui tempore plus peterent, nec quidquam de ea amplius notat Iuſtinianus in *d. §. ſed hæc quidem*. Sed quid illa caverit, exponit pluribus in *§. hodie, infra de excep.* Summa autem hæc, ut adverſus eum qui ante tempus petiit, duplicentur reo induciæ temporis: quibus finitis non ante reus actionem ſuſcipere cogatur, quam impenſæ præcedentis litis ei depenſæ fuerint. De cæteris qui alio quovis modo plus peterent, quam tempore, cavit Iuſtinianus, atque hanc pœnam ſtatuit, ut ſi quid ſit ex ea petitione damni adverſario, id ei ſarciatur, addita tripli pœna de eo, quod ob maiorem quantitatem libello conventionis comprehenſam viatoribus præſtare coactus eſſet; de qua pœna in *§. tripli, §. eod.*

Plus

Plus autem.

§. XXV.

Ante conditionem de qua incertum est, an sit exstitura, si quis peteret olim, eum non esse dictum plus petere, nec rem amisisse. I.
Ante diem qui agit, dictus a veteribus male agere, ante conditionem qui agit, dictus nihil facere: cur, & quo id spectet. II.
Ante conditionem agendo non amitti rem, quæ nulla adhuc esset, etiam si maxime postea conditio extitisset. III.
Ante conditionem agens quod hic dicitur tempore plus petere, & rem amisisse, intelligendum de ea conditione, quæ certo exstitura sit. IV.
Ante diem qui petit, licet eam tantum summam quæ debetur, cur dicatur tempore plus petere. V.

Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco, & caussa. Re: veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit: aut si is, cuius ex parte res est, totam eam, vel maiorem partem suam esse intenderit. Tempore: veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur: eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur.

I. Tempore; *veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit.* Plus petit, quam debetur, sine controversia, qui ante diem petit: quoniam quod in diem est, etiam ante diem debetur, sive conventione promissum sit, sive testamento relictum. *§. omnis, supra de verb. ob. L. cedere, D. de verb. sig. L. 5. D. quan. di. leg. ced.* At quod debetur sub conditione, ante conditionem exsistentem nec debetur. *d. L. cedere, de ver. sig. d. L. 5. quan. di. leg. ced.* Quomodo igitur ante conditionem agendo dicatur creditor plus petere debito, cui omnino nihil debetur? Hæc res nos admonet, ut quæramus, an de omni conditione hic locus, an potius de certo genere, & de quo possit accipi. Et res ita habet, ut de ea conditione de qua incertum sit, exsistat, necne, accipi nec debeat, nec possit. Meminisse enim oportet pœnam hic esse statutam iis, non qui peterent aliquid, cum his nihil deberetur: sed qui peterent plus quam deberetur, & ut Iustinianus proponit in *§. si quis agens*, plus quam ad eos pertineat. Unde & *hoc §.* is dicitur re plus petere non cui nihil debetur, & tamen petit; sed qui pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit. Atque hic etiam constitit responsi ratio in ea quæstione, quæ proponitur in *L. si pater, 36 D. de solut.* dum in ea specie, in qua filius patri relicta eius uxore prægnante heres, totum quod patri debebatur, petiisset, quidam putabant eum nihil consumpsisse, quasi heres esset sub conditione, qua pendente nihil deberetur. Iulianus autem putabat eum amisisse partem eam pro qua heres fuisset, quia constaret eum ex aliqua exstitisse, etsi postea quæreretur, ex quota. Cum autem pars ei debita esset, pars non esset, utpote pendente eius partis conditione, evenite, ut intelligeretur plus petiisse debito, quæ res pœnæ plus petitionis locum faceret. Sic tamen, ut utraque ratione declaretur eum cui nihil debetur, cum petit, si quid petat de eo quod forte futurum sit postea, nihil amittere. At cui debetur sub conditione, iam ante ostendi huic ante quam conditio extiterit, omnino nihil deberi. Qui igitur petit ante conditionem, quæ modo vera sit conditio, ad hanc pœnam non pertinet. Præterea pœna plus petitionis aperte adversus eos est, qui petunt, eoque qui faciunt quid; denique qui faciendo delinquunt: non est enim pœna, nisi delicti pœna *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.*

II. Quod sane de his recte dici potest, qui quod ipsis debetur in diem, ante diem petunt: subest enim debitum, quod petant. Unde & hi ante diem petendo dicuntur a veteribus agere quidem, sed male & perperam agere, iure his ante tempus

Digitized by Google

pus actionem denegante. *L.* 1. in fin. *D. quan. di. usf. leg. ced. L.* 2. *§. qui ita*, *D. de eo quod cer. lo.* At non idem dici potest de iis, qui petunt ante conditionem. Cum enim his nihil debeatur, nihil habent, quod in iudicium deducant. Idque iidem illi veteres confirmant. Hinc enim illud Scævolæ, *eum qui ante diem agit, male agere; eum autem qui ante diem cedentem agat, quod sit pendente conditione, nihil facere*. d. *L.* 1. in fin. *quan. di. usf. leg. ce.* Quapropter utraque de caussa qui ante veram conditionem petunt, pœna plus petitionis non tenentur. Neque vero dubitandum est, quin hoc Scævola & veteres senserint, cum eum cui debetur in diem, ab eo cui debetur sub conditione in agendo ita distinguunt, ut illum male agere dicerent, hunc nihil facere. Neque enim hoc discrimen ad effectum agendi referri oportet: quoniam effectu tam nihil agit, qui ante diem petit, quam qui petit ante conditionem: pariter enim ambo removentur, ille vel iure ipso stipulationis, quem diem inclusum habet, vel exceptione pacti si convenerit, ne ab eo intra certum tempus peteretur. §. *temporales*, *infra de exc.* Restat igitur, ut quod hic ad ius actoris non pertinet, ad pœnam eius relatum intelligatur; aut si certius quid volumus, intelligatur relatum ad ius aliquod eiusmodi, in quo quærendum sit, utrum actor petendo quid egerit, quanvis male, an nihil egerit. Quod quidem nisi ad ius de pœna plus petentium, in quo idipsum quæritur, referri non potest.

III. Postremo adversus eum qui plus petiit, videndum est, quæ sit pœna. Nempe hæc, ut qui petiit, rem amitteret olim, quam ideo consumebat, quia in iudicium deduxisset, ut in pr. §. *si quis agens*, *supra*. & §. *temporales*, *infra de exc.* At is potest deducere, & amittere, cui quid debetur: cui autem nihil debetur, ei nihil est, quod possit in iudicium deduci, aut amitti. Quare nec is cui debetur sub conditione, ante conditionem agendo, quo tempore nihil ei debetur, quidquam amittere potuit; proinde nec pœna ista plus petitionis ullo modo ad eum pertinuit. Nihil ad rem facit, quod forte postea conditio extiterit, quo facto retroversus a principio interpositæ stipulationis pecunia deberi existimatur. *L. potior*. *D. qui pot. in pig. L. necessario*, illic, *idem Pomponius*, *D. de per. & com. rei vend.* Non enim eo minus verum erit eo tempore inspecto, quo ante conditionem actum est, actum esse de eo quod nullo modo debetur. Et nos in pœna vetere plus petitionis spectamus id tempus, quo quis petiit, non quod postea secutum est. Ad eum enim qui petit, verba huius iuris diriguntur. Quapropter quod hic dicitur eum tempore plus petere, qui petit ante conditionem, sciamus, ut proposui, de ea conditione accipi non posse, quæ an impleatur, incertum est, qua pendente nihil debetur.

IV. Reliquum igitur, ut de ea accipi debeat, quæ omnimodo exstitura sit; veluti, si quis si morietur, vel cum morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam & quod hac conditione promissum est, pendente quoque ea debetur; unde & ante solutum repeti non potest. *L. nam si eum*, 17. *L. quod si seq. D. de cond. ind.* At enim nihil hic distinguitur de conditione. Quinetiam cum hic simpliciter nominetur conditio, ea potius videatur intelligi debere, quæ vere conditio est, quam quæ minus proprie est conditio, ut ubique quoad potest verbis, & maxime significationi propriæ serviatur, ut præcipitur in *L.* 1. *§. licet*, in fin. *D. de exer. act. L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Sed ibidem adiicitur id faciendum in re dubia, & nisi appareat aliud sensisse scriptorem. Hic autem ex propositione satis intelligitur, de quo die, & de qua conditione definitionem accipere debeamus. Propositio est de eo, quod plus petitur tempore, id est, ita petitur ante tempus, ut peti quidem iure non possit, debeatur tamen. Nam si in eo nihil est quod debeatur, quomodo dici possit quidquam plus quam debeatur, peti? Quamobrem ut definitio conveniat propositioni, necessario ita accipienda est, ut dicatur plus peti tempore, veluti si quis petierit ante diem, vel ante conditionem; intellige, quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti, quam debeatur, de quo nunc agitur. Nisi id fit, inducitur absurda definitio, & quæ definito ipso refellitur, statuens illic plus peti, ubi plus non esse constat. Inducitur definitio veterum sententiæ repugnans, ut quæ definiat eum qui ante conditionem petat, male agere, eoque incidere in pœnam plus petentium: cum veteres statuant eum nihil facere, aliter atque eum qui ante diem agendo male agit. Scimus autem semper legem ita accipiendam esse, quoad fieri potest, ut vitio careat. *L. in ambigua*, *D. de legib.* Id quod in proposita definitione ex structura orationis tanto facilius admittendum est, quam in cæteris, quod hic appa-

apparet rem non definiri ex professo, sed exemplum subiici earum rerum, in quibus eveniat, ut plus petatur tempore. Ait enim Iustinianus, tempore; veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Quod cum exempli loco dicatur addita particula veluti, quadrabit recte exemplum, si in his aliquando eveniat, ut tempore plus petatur, etsi non semper.

V. *Qua enim ratione qui tardius solvit.* Qui ante diem petit, prima facie non videatur plus petere, si maiorem summam non petat, quam quæ in obligationem deducta est. Ubi enim illud plus, dixerit aliquis, eadem illa summa, non maiore inducta? Ergo id declarat Iustinianus, & ostendit ante diem agendo plus peti videri hac ratione, quod qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur. Bene hæc comparat, & eadem ratione constare dicit. Cur enim tardius solvendo intelligatur debitor minus solvere, hæc ratio est, quod in re debita præter rem ipsam est etiam fructus quidam & interusurium pecuniæ, atque hoc debitor adimit creditori, cum non patitur pecuniam suo tempore venire ad creditorem, quam apud illum esse conveniebat. Ergo & creditor ante diem agendo ideo plus petit, quia intentione sua adimit, quod in se est, debitori hoc ipsum interusurium, quod propter dilationem illi concessam penes eum ut pecuniam ipsam manere oportebat. *Et in summa penes quem pecunia esse debet, penes eum esse debet & pecuniæ fructus.* Quare qui pecuniam debitam non patitur esse apud eum, apud quem esse debet, simul etiam ei pecuniæ fructum adimit: debitor creditori suo tempore non solvendo, quod debuit; creditor debitori ante tempus exigendo, quod apud debitorem manere oportuit. In quo aperte plus petitur.

Loco

Loco plus petitur.

§. XXVI.

Alio loco petendi quod certo loco promissum est, cur facultas data, & quatenus sine iniuria. I.

Loco plus petitur: veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est: verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, EPHESI DARE SPONDES? *Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: quia utilitatem quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam caussam alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quae utilitas plerunque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento; quae per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub eisdem usuris foenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est: pura actione recte agit. Idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est is, qui caussa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur,* HOMINEM STICHUM, AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario: & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de caussa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum, aut aureos decem sibi dari oportere: id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat: aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat: plus petere intelligitur: quia electionem adversario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia saepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod maioris pretii est. Sed haec quidem antea in usu fuerant: postea vero lex Zenoniana & nostra rem coartavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum: quid statui oporteat, Zenonis divae memoriae loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum: in omne si quod forte damnum ex hac caussa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicuti supra diximus, puniatur.*

I. P*ropter quam caussam alio loco petenti arbitraria actio proponitur.* Si quod certo loco dari promissum est, alio loco non debetur, unde & alio loco peten-

petendo plus peti videtur: cur receptum est nihilominus, ut alio loco peti possit, si loci constituti commemoratio fiat? Neque enim reo fieri debet iniuria, alio loco ut petatur contra stipulationem: nulli denique ius semel quaesitum adimendum, & praesertim reo. *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur. L. ult. D. de pact.* Ratio redditur in *L. 1. D. de eo quod cert. loc.* ad hanc sententiam; quia ita necesse fuerit actionem alio loco introducere, si volumus creditorem ius suum consequi: nam facile futurum fuit, ut promissor ad eum locum, in quem se daturum promisisset, nunquam accederet: vel quod, inquit Caius, data opera id faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur. Nondum hoc erat satis. Esto enim, dicat aliquis, stipulator suum consequi debeat: at certe debet & reus maxime, cum favorabiliores sint rei quam actores. *L. favorabiliores, D. de reg. iur.* Videamus autem, ne isto modo adimatur illi suum, dum petitur alio loco, quam debetur. Sed ne id fieret recte provisum est edicto praetoris. Sic enim edicto temperata res est, ut dum stipulatori prospicitur data alibi agendi facultate, simul consulatur & reo, constituta videlicet in eam rem arbitraria actione: cuius vis & potestas haec est, ut iudex utilitatem loci constituti aestimet, eamque salvam praestet debitori, ut hoc loco fieri debere declaratur: vide quae scripsi ad *L. 1. D. de eo quod cer. loc. Si quis tamen Ephesi.* Explicatur hic, quod brevius positum est in *L. 4. in pr. D. de eo quod cer.* vide commentarios, & in reliqua huius loci.

Si minus. &, Si quis aliud.

§. XXVII.

Editam actionem emendare, & mutare licere non tantum ante litem contestatam sed & postea. I. & seqq.
Eodem iudicio licere mutare actionem, quid sit, & quam hoc cum iure Pandectarum conveniat. II.
Post litem contestatam accidere quae dicantur. III.
Iudicis potestatem non posse excedere ultra id quod in iudicium deductum est, quam sententiam habeat. IV.
Actionis emendatio & mutatio post litem contestatam inducta, an & ubi editionem novam, & damnorum prioris litis praestationem desideret. V.

Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit: aut si cum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit: sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus iudex adversarium in eodem iudicio ei condemnat, ex constitutione divae memoriae Zenonis. Si quis aliud pro alio intenderit: nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

I. Si quis minus petat, quam ad eum pertineat, aut aliud petat pro alio: duae sunt species posteriores, in quibus diximus ad §. *si quis agens*, non peti, quod quantumve debetur. Atque hoc ipsum aliud ut petatur, fit duobus modis, ut bene Theophilus hic scribit: *re* scilicet, aut *caussa*. *Re*, cum aliud corpus petitur, quam quod debetur, ut pro Sticho Pamphilus, ex ea tamen caussa, ex qua nobis debetur. *Caussa*, cum idem corpus debitum petitur, sed ex alia caussa, quam debetur; ut si petatur ex stipulatu, cum debeatur ex testamento. In quibus omnibus ut in prima specie plus petitionis, quaeri solet, ecquid petitio agenti noceat, ne liceat petere postea, quod vere debetur, & ex qua caussa debetur. Ac de his Iustinianus hoc loco duobus §§. sequentibus. Quas species quoniam in

in eandem definitionem includere videtur, ideo coniunctim de his dicemus. Sic enim in summa statuit, sive quis minus perat, sive aliud, sive alia actione, nihil ei petitionem nocere, quominus non dico alio iudicio possit petere & consequi, quod priore omisit; sed etiam eodem illo iudicio, quod instituit. Id quam significationem habeat, & num in hac re similia omnia in his caussis, videamus. Et his verbis significatur id, quod dicitur in *L. edita, C. de edend.* edita semel actione, si quid in ea minus recte conceptum sit, licere actori cognito errore eam emendare, vel mutare postea. Emendare, eandem petitionem retinendo quidem, sed ei vel adiiciendo, ut majorem quantitatem petendo; vel qualitatem aliquam detrahendo, ut in *L. in delictis, §. si detracta, D. de nox. act.* Mutare, vel aliud petendo, vel ex alia caussa. Quod cum dicitur, apparet etiam illud dici, ita actorem remittere posse veterem actionem de alia re, aut ex alia caussa institutam, ut eam ad extremum persequi non cogatur. Cui non est contraria *Novel. de litig. §. omnem*, qua cavetur, quisquis actionem aliquam movit, ne liceat ei pro arbitrio eam omittere, & in aliud tempus eam differre, eum eam persequi velit, sed eam cogatur invitus postulante adversario ad extremum persequi. Hæc enim constitutio ad eos pertinet, qui actiones institutas ita omittunt, ut tamen his non renuntient, sed earum exercendarum alio tempore sibi potestatem fieri postulent. Hic de iis agitur, qui a vetere actione, quam per errorem male instituerant, ita recedunt, ut plane ei renuntient. Quæ renuntiatio ideo admittenda est, quia in actione omissa reo non nocet, sed potius eum adiuvat, ut quæ eum liberet. *L. postquam, C. de pact.*

II. Hæc omnia eodem iudicio licet facere, ut hic cautum est. Eodem iudicio sic accipiemus, ut exceptis rebus quæ mutantur, dum aut plus, aut aliud in totum petitur, in cæteris omnibus iudicii partibus idem iudicium intelligamus. Ergo eodem iudicio hic valet, apud eundem iudicem, inter easdem personas, nulla nova interveniente in ius vocatione, aut litis contestatione. De eodem iudice & iisdem personis litigatorum, quibus omne iudicium constat, hic expressum est. De nova in ius vocatione, & litis contestatione non necessaria quod adieci, ex eo intelligimus, quod cum omnis litis institutio initium habeat ab in ius vocatione, iudicium proprie a litis contestatione incipiat: *§. ult. infra de pœn. tem. lit. L. 1. C. de iud.* necesse sit omne novum & aliud iudicium videri, quod nova ista interpellatione indiget. Quare si idem iudicium retineri volumus, novam istam vocationem & contestationem remotam esse oportet. Est igitur hæc sententia; actorem qui minus petierat, aut aliud, aut alia actione quam debebatur, posse apud eundem iudicem, apud quem agere cœperat, corrigere errorem suum, ut vel tantundem incipiat petere, quantum debetur, vel id quod debetur, vel sua actione agere; idque cum faciet, iudicem de eo sine nova in ius vocatione, aut litis contestatione cognitionem suscipere debere, ut si compererit ita esse, uti errore mutato intenditur, in tantam pecuniam reum condemnare debeat. Sed duo sunt, quæ cum hac sententia pugnare videantur, propter quæ etiam incidit locus in difficultatem: duo, inquam, quibus efficitur, si quid post litem contestatam in petitionem veniat, novo iudicio opus esse: denique iudicem eodem iudicio de ea re iudicare non posse. Unum, quod traditur non posse videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus esse. *L. non potest, D. de iud.* videtur enim postea accidisse, quod postea petitur. Alterum, quod dicitur, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse. *L. ut fundus, D. com. divi.* Quid est enim hoc, nisi ultra id quod ab initio in litis contestationem deductum est, iudicem iudicare non posse? Et de priore facilior responsio est, non pertinere id videlicet ad ea de quibus agitur.

III. Id enim dicitur accidere post litem contestatam, non quod post litem contestatam, petitur, sed quod post litem contestatam in obligationem venit, non ante debitum. De quo genere alibi explicatius dicitur, de his quæ postea in obligationem adveniunt, iudicium esse non posse. *L. non quemadmodum, D. de iud.* ut profecto dici non possint ea venisse in iudicium, sive ea ante petita sint, sive non sint. Nos de iis agimus, quæ ante litem contestatam acciderunt, & fuerunt debita, sed non ante petita: nunc post litem de alia re contestatam petuntur, ad id tamen debitum, quod prius petivimus, vel re vel cogitatione nostra pertinentia. Hæc dicimus si priore contestatione sint omissa, postea eodem iudicio mutato errore peti posse: ut sunt, maior quantitas quæ debebatur, aut aliud quod & ipsum

& ipsum debebatur. Quod si quis velit etiam ea recte dici post litem contestatam accidere, quae post litem contestatam petuntur, quamvis ante debita, conveniet superius dictum cum posteriore. Ita fiet, ut iis qui id putabunt, tum satisfiat, cum de posteriore dixerimus, si modo & hoc recte explicemus.

IV. De quo difficultas maior. Etenim ultra id quod in iudicium deductum est, excedere non posse potestatem iudicis, hoc significat, de eo quod in iudicium deductum non est, iudicem iudicare, & reum condemnare non posse. Hæc enim summa est, & præcipua potestas iudicis, a qua & nomen habet, ut iudicet; iudicando reum absolvat, aut condemnet. *L. de qua re, D. de iud. L. 1. D. de re iud.* In iudicium autem deduci id solum intelligitur, quod deducitur in litis contestationem *L. unica, C. de lit. cont.* Quapropter si quid in id iudicium & litis contestationem non venit, iudex eius iudicii nomine aditus, de eo cognoscere & reum condemnare non potest, quantumvis post litem eo iudicio contestatam petitum fuerit. Et fatendum est hanc esse mentem veterum in superiore definitione. Quod ex more veterum iudiciorum licet intelligere. Impetrabantur enim ut plurimum iudicia a magistratu, & certa formula iudicium concipiebatur. *C. de formul. & impetr. act. sublat.* Intra hanc formulam conclusus iudex hanc sequi debuit, nec licuit ei excedere. *L. mortuo, D. de iud.* Quamobrem si alia res peteretur postea, quæ in eam iudicii constitutionem non venisset, ad officium & potestatem eius iudicis non pertinuit sine dubio, eoque & alio iudicio de ea opus fuit: id est, iterum & de eo magistratus adiri debuit; qui si non cognosceret ipse, certe iterum iudicium & iudicem daret, sive hunc daret veterem, sive novum. Et quominus dubitemus ita ius fuisse olim, ut de his rebus quæ postea peterentur, novo iudicio opus esset: etiam post sublatas impetrationes & formulas actionum, quod a Constantino & Theodosio factum est, *C. de formul. & impetrat. act. subl.* mansit nihilominus hoc idem ius usque ad tempora Zenonis. Nam ut de his rebus eodem iudicio agi & reus condemnari posset, Zenonis constitutione si non in totum, at certe de quibusdam effectum esse hic traditur: ac de omnibus id effectum esse vel huius principis constitutione vel Iustiniani hic significatur. Non est hoc Zenonis aut alius cuiusquam constitutione inductum, nisi quia ius prius aliter se habuit. Quid ergo, sunt hæ sententiæ contrariæ? Necesse est ita videri omnino, si ex mente auctorum accipiuntur, vel hoc ipso loco attestante, quo a vetere illo iure a Zenone recessum esse dicitur. Non enim mutaretur posteriore lege, nisi esset contrarium. *L. sed & posteriores, D. de legib.* Sed quoniam Iustinianus vult, quæ in his libris & in Pandectis scripta sunt, tanquam a se scripta accipi; *L. 2. §. tanta, C. de vet. iur. enu.* & præterea vetat ullum contrarium in his admitti, quoad eius fieri potest: *d. L. 2. §. contrarium:* dicemus ex eius sententia etiam post Zenonis constitutionem ultra id quod in iudicium deductum est, indicis potestatem excedere non posse. Sed in iudicium deductum videri aliter olim, aliter nunc. Olim solum, quod in litis contestationem venisset: hodie etiam quod post litem contestatam apud eundem petitur, si vel re, vel cogitatione actoris ad id debitum pertinuit, de quo lis instituta est: de quibus hoc loco.

V. Quod tamen hactenus simpliciter dicitur eum qui minus petiit, quam ad eum pertinet, aut aliud, vel ex alia caussa, posse post litem contestatam corrigere errorem suum ita, ut cum id quod vere debebatur, apud eundem iudicem postea petierit, possit iudex de eo cognoscere, & re cognita reum eodem iudicio condemnare: non sic accipiendum est, quasi sufficiat actori id quod vere debebatur petere, & probare, ut reus condemnetur, nec unquam necesse sit in ea emendatione quidquam reo præstari. De eo solum quæritur, an id eodem iudicio dirimi possit. Iustinianus ait posse. Hoc qui dicit, non negat, si quid ex aliis locis constet in eo præstari debere, id esse præstandum. Sciamus igitur totum hoc accipiendum ex conditione. *L. edita, C. de eden.* ubi de hac emendatione & mutatione ita cautum est, ut liceat quidem editam semel actionem emendare, vel mutare; sed prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas: *vel* pro &, disiunctum pro coniuncto, ut alibi sæpe in usu iuris. *L. sæpe, D. de verb. sig.* utrumque enim exigitur. Et harum conditionum altera ad editionem novæ petitionis pertinet: altera ad damna temerariæ vocationis præcedentis reo sarcienda. Exigit edictum de edendo, de qua editione illic agitur, ut qua quisque actione agere volet, eam edat adversario: æquissime, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere debeat: & si contendendum putat, veniat instru-

instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. *L.* 1. in pr. *D. de ed.* Et quoniam edita actione, non statim de eo statuere potest, placet etiam ad eam rem deliberanti dilationem dari, intra quam ad alterutrum se comparet. Auth. offeratur, *C. de lit. cont.* Hæc æquitas ad eas petitiones novas, quæ post litem contestatam instituuntur, non minus pertinet, si quid intersit rei eas cognoscere. De temerariæ autem vocationis pœna ita ius est: eum quem temere adversarium suum in ius vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportet: *L. eum quem*, *D. de iud.* eaque est æquitas ius dicentis, quæ nominatur in *d. L. edita*. Hæc ergo & in nova ista petitione reo sunt præstanda. Utrumque tamen, si res & æquitas postulet. Postulat autem non in omni petitione nova, sed in his, si aut actor post litem contestatam de alia re agat, aut ex alia caussa. Nam in his non minus interest rei ea post litem contestatam cognita habere, & ad ea se comparare, quam si ab initio & lite nondum contestata ab eo peterentur. Cum enim plane diversa sint ab eo, quod prius in iudicium deductum est, tam potuit ignorare, utrum de his cedere deberet, an litigare, quam si moverentur ab initio. Sed & temerariam fuisse priorem vocationem & editionem actionis ex eo apparet, quod nunc in totum mutatur actio, dum aliud petitur vel corpore, vel caussa. Quod si quis petiit ab initio quod debebatur, & ex qua caussa debebatur, sed minus quam deberetur, puta pro decem quæ debita erant, tantum quinque, deinde post litem contestatam instituat tota decem persequi; res loquitur non hic necesse esse hanc petitionem edi reo, & ei spatium dari ad deliberandum de ea petitione suscipienda; neque præcedentis petitionis ullam pœnam in sumptibus litis esse oportere. Quorsum enim editio in hac re, aut tempus ad deliberandum reo, nisi ut sciat, utrum de tota summa cedere, an contendere debeat? Atqui iam constat, quid de eo reus constituerit. Certum est enim eum, qui se quinque seu partem rei petitæ debere negat, sic constituisse de ea parte litigare, ut multo magis de toto idem negaturus, & litigaturus fuerit. Petitionis præcedentis ideo nulla potest esse pœna, quia non fuit temeraria. Petiit enim actor, quod sibi vere debebatur, & petiit eo minore iniuria ac molestia rei, quo minus petiit, quam debebatur.

Sunt

Sunt præterea, & deinceps.

§. XXVIII.

Actiones omnes solidum consequi, præter eas quæ hic exponuntur. I.
De peculio actio non in solidum. II.
In id quod facere reus potest, ut condemnetur, quibus personis, & quamobrem tributum sit. III.
Quibus conditionibus. IV.
Conveniri in id, quod facere quis potest & in idipsum condemnari, idem hic valent, & quo sensu. V.
Facere posse quid sit, & quid hoc tribuat reo præter cæteras actiones, in quibus non idem beneficium reo datum est. VI.
Compensatio ex eadem caussa quid sit, & cur ex eadem caussa *hic adiectum.* VII.
Retentio rei petitæ quibus ex caussis. VIII.

Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur: sed modo solidum persequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur: in solidum dominus paterve condemnatur: si vero minus inveniatur: eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.
Item si de dote in iudicio mulier agat: placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidum damnatur: si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur: Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet. Sed & si quis cum parente suo patronove agat: item si socius cum socio, iudicio societatis agat: non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.
Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem caussa præstare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnat, sicut iam dictum est. Cum eo quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat: ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

I. CUM actio definitur ius persequendi, quod nobis debetur, ex eo intelligitur etiam esse ius id consequendi: si quidem persequi est usque eo sequi, douec assequamur. Ita fit, ut actio sicuti ius est ad solidum petendum, quod nobis debetur, ita sit & ad solidum consequendum. Id etsi fere ita se habet in omni actione, non tamen est perpetuum. Quod declaratur hoc loco proposita ad eam rem quinta divisione, ut supra monuimus ad §. *omnium*, qua docemur quantum liceat ex unaquaque actione expectare. Divisio hæc est, actionum quasdam solidum persequi, quod nobis debetur: quasdam non semper solidum; sed modo soli-

solidum, modo minus. Quæ semper solidum, fere omnes: proinde innumeræ. Quæ non semper solidum, paucæ & certæ, ac veluti eæ, quæ ex regula communi excipiantur. Quare ad utrasque cognoscendas recte sit, si ad has posteriores oratio confertur, & ad eas solas; quod & hoc loco factum est. Nam hæ quia certæ, facile colligi possunt: & quia solæ, fit, ut his positis, eadem opera reliquas solidi persecutorias esse intelligamus. In iis autem ipsis quas dicimus proponendis indiget hic locus animadversione. Nam neque omnes huius generis explicantur hoc loco; & quæ proponuntur species, permiscentur inter se, cum in dissimili admodum genere versentur: ac nec attingitur, quid contineant. Quæ ut vitemus, sic res tota videtur commodissime posse explicari, si earum actionum genera summa, eorumque generum partes numero & ordine proponentur: tum quale beneficium sit, & quid contineat, paucis intelligetur. Quominus actione semper solidum consequi possimus, aut peculium facit, cuius ad modum actio constituta est; aut beneficium reo tributum, ut teneatur in id quod facere potest; aut mutua obligatio creditoris.

II. De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias, & servorum adversus patrem dominumve. §. *actiones autem, supra, eod.* Hac non semper consequimur solidum: quia hæc adiectio, de peculio, significat constitutam actionem esse quatenus est in peculio: ut proinde fiat id, quod hic dicitur in principio id est, ut si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnetur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnet iudex, quatenus in peculio sit: si nihil sit tempore rei iudicandæ, nec tenebit actio; unde & absolutio sequetur. *L. quæsitum*, in pr. *D. de pec.* Quid esset peculium, quid in peculio servi, aut filiifamilias habendum, & de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, dixi ad §. *actiones autem.*

III. Sunt, qui etsi conveniantur suo nomine, & potestate actionis teneantur in solidum, tamen condemnentur in id quod facere possunt: quod quibusdam beneficii loco datum est. Tribuitur hoc beneficium partim ob caussam, ex qua agitur, partim ob personam rei. Ob caussam donatori, qui ex donationis caussa convenitur: de quo hic in §. *sed etsi quis*, in fi. *L. inter*, §. 1. *D. de re iud.* Ob personam rei varie: aut enim propter coniunctionem inter litigatores constitutam, & eam vel sanguinis, vel affinitatis, vel societatis; aut propter reverentiam reo debitam; aut propter meritum; aut propter miserationem. Propter coniunctionem sanguinis convenitur in id quod facere potest parens a liberis, liberi a parente. *L. sunt qui*, cum *L. seq. D. de re iud.* & §. *sed etsi quis, hic.* Item frater a fratre. Quod colligitur ex eo, quod non tantum dicuntur conveniri in id quod facere possunt, parens, patronus, patrona, sed & liberi eorum, *d. L. sunt qui*, & *L. seq. de re iud.* Id hanc significationem habet, ut non tantum liberi eorum convenIri non possint a superioribus, aut iis a quibus superiores non possunt, sed nec liberi ipsi inter se. Ipsi autem liberi inter se sunt fratres. Apertius ex eo, quod Ulpianus de sociis scribit in *L. verum*, in pr. *D. pro soc.* socium socio in id quod facere potest condemnari, propter ius fraternitatis quodammodo inter eos constitutum. Atqui hi vere fratres non sunt. Intelligit igitur prius hoc ius fratribus datum esse, a quibus deinde ad alios propter similitudinem fraternitatis transferendum sit: sin minus, certe hoc efficitur, si iis qui vere fratres non sunt propter imaginem fraternitatis tribuitur, multo magis veris fratribus esse tribuendum. Affinitatis coniunctio idem tribuit marito adversus uxorem, & uxori adversus maritum, non tantum in caussa dotis, sed etiam ex aliis contractibus. *L. non tantum, D. de re iud.* Et quod marito, idem patri eius, id est, socero uxoris: & quod uxori, idem patri eius, id est, socero mariti adversus maritum. *L. sicut, D. de re iud.* Sed quatenus his posterioribus, ambigitur, de quo a me scriptum est ad *d. L. sicut.* Habet idem beneficium & coniunctio voluntate suscepta inter socios, tanquam iure fraternitatis cuiusdam, ut ante dixi; non tantum si universorum bonorum socii sint, sed etsi unius rei. *d. L. verum, D. pro soc. L. sunt qui, D. de re iud.* §. *sed etsi quis, hic.* Reverentia sola & honos manumissori debitus hoc idem præstat patrono, patronæ, liberisque eorum & parentibus, ut in id solum quod facere possunt, conveniantur. *d. L. sunt qui. L. patronus, seq. D. de re iud. d.* §. *sed etsi, hic.* Ob meritum in Rempublicam idem datum militi, qui sub armata militia stipendia meruit. *L. item miles, D. de re iud.* Ob miserationem tribus; ei qui bonis cessit, si quid postea acquisierit. §. *compensationes, hic. L*

qui bonis, *D. de cess. bo.* filio exheredato, tum ei qui se paterna hereditate abstinuit, siquidem ex contractu suo conveniantur. *L. & exheredatum*, *D. de re iud. L.* 2. *L.* 4. *§.* 1. *D. quod cum eo.*

IV. Non statim tamen suprascriptis personis superius beneficium tribuitur: sed hæ conditiones sunt, atque hinc totidem exceptiones: dum ne conveniantur ex delicto: in quo frustra legis auxilium invocat, qui adversus legem committit. *L.* 4. *§.* 1. *D. quod cum eo. L. auxilium*, in fi. *D. de min.* Dum ne ex contractu, in quo de conditione sua mentitæ adversarium in fraudem induxerint contrahendo. *d. L.* 4. in pr. *Quod cum eo.* Postremo dum ne dolo malo fecerint, quominus solidum facere possent. *L. etiam*, §. 1. *D. sol. mat. L. summa*, *D. de pec.*

V. In verbis beneficii hoc animadvertendum, id ita concipi a iuris auctoribus, ut dicatur in eo esse, modo ut conveniantur superiores personæ in id quod facere possunt, modo ut condemnentur. Conveniri dicuntur in *L. sunt qui. L. patronus* seq. *D. de re iud. §. sed etsi*, in fi. *infra*, *hic*. Condemnari passim, *ut in §. si de dote §. ult. hic. L. non tantum*, & seqq. *L.* & exheredatum, *D. de re iud. L. maritum*. *L. alia*. & seqq. *D sol. mat.* Recte utrumque, dum intell gamus conveniri istos cum effectu in id quod facere possunt, id est, ita ut hactenus condemnentur. Quod eo pertinet, ut sciamus, cum quæritur, quatenus isti facere possunt, rei iudicatæ tempus, non conventionis & litis contestatæ esse spectandum. *L. rei iudicatæ*, *D. sol. mat. L. verum*, *§. tempus*. *D. pro soc.* Ut autem in condemnatione non excedat iudex hunc modum, adeo superioribus personis tributum est, ut si iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit in solidum, placeat eas in exsecutione iudicati doli exceptione uti posse, eaque tutas fore. Quod enim hic dicitur de marito, ad omnes pertinet, in quibus eandem rationem esse apparet. *L. ex diverso*, *§. ult*, *D. sol. matrim.* Neque hic rei iudicatæ auctoritas atque hinc replicatio metuenda est, quasi in hac exceptione superiores personæ in solidum damnatæ quidquam adversus sententiam faciant. Hac enim exceptione potius fatentur se iure civili obligatas esse, eoque & iure sententiam recte latam, ut est re vera hoc iure. *d. L. ex diverso*, *§.* 1. *sol. mat.* Sed adversus ius summum beneficium iuris humanitatis gratia sibi indultum etiamnunc sibi servari postulant. Quod quominus fiat, sententia quæ ex iure civili recte lata est, nihil impedit.

VI. His verbis, *in id quod facere quis potest*; aperte hoc continetur, ne semper in solidum damnetur; utpote ita conceptis, ut in solidum damnari debeat, si potest solidum facere: si non potest, hactenus tantum debeat damnari, quatenus potest. At ista ratione, dicat aliquis, de omnibus actionibus licet dicere eas esse in id quod reus facere potest, nec posse nos semper his solidum consequi, quod superiore divisione hic constituta negamus. Nam & ex cæteris actionibus nunquam possumus amplius consequi a reo, quam is facere potest. Non ita est. Sic est conditio omnium actionum, quibus in solidum condemnatio est sine beneficio superiore, ut quanvis reus solvendo non sit, tamen solidum præstare debeat. Si non de suo, at certe aliunde sumere, si potest, quo se expediat: si ne hoc quidem potest, cogatur in carcerem ire postulante creditore, nec prius hunc evitat, quam bonis cesserit. *L.* 1. *C. qui bo. ced. poss.* Sed etsi creditor parcat carceri; tamen ex cæteris actionibus ut minimum auferre licet condemnato omne quod habet ita, ut nihil ei relinquatur, ne ad victum quidem. At in his qui damnantur in id quod facere possunt, utrumque contra est, idque vi superioris beneficii assequuntur. Primum si solvendo non sunt, non ideo detruduntur in carcerem, aut coguntur bonis cedere. Tum autem ne his quidem totum quod habent, extorquetur, sed est quod his etiam intactum relinquatur: atque ita horum verborum definitio est, ut facere posse intelligatur quisque in hac condemnatione, quod de suo potest præstare honeste, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum, ne egeat. Hanc deductionem victus quotidiani & alimentorum tribui omnibus qui in id quod facere possunt, conveniuntur, & definitio generalis declarat de his personis tradita in *L. in condemnatione*, *D. de reg. iur.* & exemplum eius qui bonis cessit; de quo in *L.* 6. *D. de cess. bon.* ita scriptum est, *non esse eum fraudandum alimentis quotidianis*. Id si ei qui bonia cessit, licet extraneo, nec coniuncto, aut bene merito tribuitur; multo magis parenti, patrono, marito, uxori, socio, & reliquis superioribus tribuendum est. Illud monendi sumus, hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in dona-

donatore æstimari, aliter in cæteris qui non ex donationis caussa conveniuntur. Nam in donatore æstimari placuit deducto ære alieno: in cæteris etiam ære alieno non deducto. *L. inter*, §. 1. *D. de re iud.* Quippe in cæteris verum debitum est; in donatore non item: quæ ratio significatur in *L. & exheredatum*, in fin. *D. eod.* Exempli gratia: habet quis mille in bonis etiam deducto eo, quod illi ad victum sufficiat: sed ea mille solida debet. Si donator est, nulla ex parte condemnabitur ei, a quo ex donationis caussa convenietur. Deducit enim primum æs alienum: deinde & quod necesse sit ad victum: quibus deductis nihil potest facere. Ultra autem quam facere potest, non condemnatur. Alius si conveniatur, & ea mille actori sufficiant, licet hæc eadem aliis debeat, tamen in solidum condemnabitur: quia his non deductis superfit ei, quod ad victum sit satis, non deducitur autem prius æs alienum. Hæc stricti ut pro loco & instituto. Scripsi diligentius de tota quæstione, ut locus postulabat, ad *L. sunt qui*, & deinceps, *D. de re iud.*

VII. Mutua creditoris eiusdemque actoris obligatio, id est, si quid vicissim actor reo debeat, hoc quoque efficit, ne semper reus in solidum condemnetur, dum ille eatenus liberatur. Quod consequitur aut per compensationem, aut per rei petitæ retentionem. Per compensationem, cum quantitates utrinque debitæ invicem compensantur: sic enim & hæc species refertur ad hunc locum in §. *compensationes*, *pen. infra hic.* de qua dictum est ad §. *in bonæ supra eod.* Sed additur in *d.* §. *pen.* quod diligenter expendendum est, compensationem minuere condemnationem, cum quid invicem actorem præstare oportet ex eadem caussa: ut, si commodati agatur, impensarum a reo factarum ratio eodem iudicio habetur, & adferet ea res compensationem, quia impensæ ad eandem commodati caussam pertinent. *L. in rebus*, §. *possunt*, *D. com.* Quid ergo, si quid actor debeat reo ex alia caussa, an non poterit opponi eius debiti compensatio? Sed constat quantitatis ex quavis alia caussa debitæ admitti compensationem, per quam fiat, ut nulla sit, aut minuatur rei condemnatio, ut ostendimus *supra ad* §. *in bonæ*. An non ergo frustra addidit Iustinianus hoc loco ex eadem caussa? Minime: admittitur enim quantitatis ex alia caussa debitæ compensatio, sed duobus temporibus dumtaxat: uno, si caussa ex qua compensatur, sit liquida. Altero, si in caussa non liquida compensationis exceptio initio litis contestetur. Extra has autem duas caussas compensatio quantitatis ex alia caussa debitæ locum non habet, ut docuimus ad *d.* §. *in bonæ*. At habet locum, si opponatur ex eadem caussa: ut non frustra hoc sit adiectum. Quod eo pertinet in summa, ut intelligatur si quid opponatur ex eadem caussa, semper compensationem admitti: cum si ex alia caussa id fiat, non semper admittatur.

VIII. Quod facit compensatio, cum quantitas invicem debetur, id interdum reo præstat rei petitæ retentio, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & illi vicissim actor pecuniam debet. Placet enim ad eam usque quantitatem fundum a reo retineri posse: unde evenit, ut si actor rem suam consequi vult, eatenus minuatur condemnatio. Sed hæc retentio tribuitur reo certis tantum in caussis. Extra caussam dotis in his: si reus rem quæ petitur, pignori obligatam alii, pecunia sua liberaverit. *L.* 1. in prin. *D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, iuxta distinctionem suis locis traditam. *L. in fundo. L. sumptus*, *D. de rei vind.* Si pignus in aliquam summam nominatim acceptum, in aliam summam quam eidem postea sine pignore dederit, retineat. *L. unica*, *C. etiam ob chirogr. pec. pig. ten. pos.* In caussa autem dotis tribuebatur olim marito variis de caussis rei dotalis retentio: puta, ob res ab ipso uxori donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas non tantum necessarias, sed & utiles, & voluptarias: cuius retentionis postremæ hic fit mentio in §. *item si de dote*. Iustinianus sublata ex omni alia caussa dotis retentione, solam reliquit eam, quæ fit ob impensas necessarias. *L. unica*, §. *taceat*, *C. de rei uxo. act.* Qualis autem fuerit hæc retentio olim, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *L. quod dicitur*, *D. de imp. in res dot. fac. L. si is qui*, §. *quod dicitur*, *D. de iur. dot.*

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.

CAP. I.

Argumenti ratio, seu methodus. I.
Pignus ut creditori caveatur, inventum. II.
Cautio hæc duabus partibus maxime constat: quæ sint. III.
Rerum partitio. IV.
Edicti de pignoribus summa; & communium locorum, unde hæc petita, indicatio. V. VI.

I. DUo sunt cautionum genera, quibus pro eo, quod debemus, creditoribus nostris, idonce caveri solet. Nam aut reis cavetur, id est, fideiussoribus; aut pignoribus. *L.* 1. §. *iubet, de collat. bonor. L.* 4. §. *addici, de fideic. lib.* Fideiussores vocamus adpromissores, qui pro eo, qui aliquid debet, idem promittunt, & fide sua esse iubent verbis, eoque modo se pro aliena obligatione reos faciunt. *tit. de fideiussor. de instit.* in princ. Pignus autem, est res omnis pro debito obligata. §. *item Serviana instit. de act.* De fideiussoribus alias: nunc de pignoribus dicemus. In quibus cum iuris ratio, quod de his quærimus, ad eum finem accommodata sit, propter quem pignus inventum est, cuius finis etiam tuendi caussa ius de his constitutum habemus, operæ pretium est, cuius rei gratia pignus detur, initio cognoscere. Sic enim & quid in hac tota disputatione maxime quærendum sit, quæque ad eam rationem capita iuris accommodata sint: videbimus, & singulis initio propositis minore errore, quæ volumus deinceps de toto genere assequemur.

II. Pignus creditori cautionis caussa dari certum est: ut ea re, scilicet de credito securior reddatur. §. *ult. Instit. qui. mod. re contrahit. obli.*

III. Hæc cautio, sive securitas in pignore duabus rebus maxime constat. Una, si creditori eam rem tenere liceat, donec pecunia solvatur. Sic enim fiet: ut dum habebit, quod pro ea re teneat, & cui incumbat, certus sit, sibi creditum perire non posse. Altera, si etiam ad extremum liceat pignus distrahere, unde illi satisfiat. Neque enim rem in solutum retinere potest. Alioqui non pignoris loco daretur, sed solutionis. Utriusque rei obtinendæ caussa ius est a Prætoribus constitutum. Nam & persequendi pignoris caussa actio creditori datur adversus eum, quisquis pignus possidebit, qui tenebitur ut restituat: multoque magis possidenti datur retentio. Et si id venditum sit, quod contra conventionem pignoris non fiat, ratam habet Prætor venditionem non minus, quam si a debitore ipso distractum esset. Idque ius est creditoris in pignore. Quod si forte plures sint creditores, quibus eadem res diversis temporibus pignori data sit, iam de iure eorum inter ipsos disceptabitur, qui quibus in eo sint potiores. Atque hæc omnia ita, si quidem res pignoris iure creditori obligata sit.

IV. De his igitur eodem ordine dicendum est, De pignore primum, quomodo id, & ubi constituatur; in quo genera explicanda sunt, Natura enim hæc prima quæstio est, an sit; deinde pignore constituto, de iure creditoris, quod sequi necesse est. Tertio loco, si plures erunt, quibus eadem res pignori data sit, de creditorum inter ipsos prærogativa. Extremus locus adiungendus erit, ut quibus mo-

dis

dis pignus solvatur dicendum sit. Id enim ius, ut cætera, tantisper manere certum est, donec finiatur; quod omnibus in rebus certis modis accidit. Itaque totidem fere titulis in Pandectis harum rerum ratio exposita est.

V. Mihi vero priusquam de his sigillatim dicimus, non inutile esse visum est, rem totam edicto breviter complecti, adiunctis his locis fidei caussa, ex quibus singula sumi, ac probari mihi videbuntur: ut quoniam aliquod fuisse de Serviana actione, seu formula hypothecaria constat, in eo studiosi totius huius iuris summam quandam expositam haberent, & eorum, quæ a iuris prudentibus de iis tractata sunt, fontem quendam; vel potius materiam, in qua illorum scripta versentur, agnoscerent. Id tale est. *Si cui pro eo, quod ei debebitur res aliqua pignoris, hypothecæ nomine obligata esse dicetur ab eo, cuius in bonis ea res est, aut alioqui, cui de ea re constituendi ius est: ei hæredive eius, quo ad pecunia solvetur aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret, actionem dabo: ut si ea res arbitrio iudicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Si creditor eam rem distraxerit quod contra legem pignoris in ea re non fiet, servabo. Si pluribus eadem res obligata fuerit, is apud me in iure creditoris potior erit, qui prius hypothecam acceperit; nisi si posterioris pecunia salvam fecit pignoris caussam. Priori remoto, cæteris deinceps, suo cuique ordine locus erit; extra quam si quis in prioris remoti locum successerit.*

VI. Ait Prætor, *pro eo quod debebitur*. Quia si nihil debeatur, frustra erit pignoris constitutio, quod nihil, nisi accessio, est, & cautio principalis obligationis. Cæterum pro omni obligatione res hypothecæ recte dabitur. *L. res hypothecæ de pigno.* Ait; *ab eo cuius in bonis ea res est*. Hæc verba in edicto fuisse de hac actione, rescripto Diocletiani, & Maximiani demonstratur sub titulo, si aliena res pignori data sit. *L. quæ prædium*. Verba rescripti hæc sunt; *Cum & Serviana actio evidenter declaret iure pignoris teneri, non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuerint*. Caius in *L. & quæ nondum, §. quod dicitur, D.* de pignor. *Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, &c. Quod sequitur *aut alioqui cui de ea re constituendi ius est*, propter ea pignora dictum est, quæ lege tacite constituuntur in bonis debitoris; Item ea, quæ magistratus iussu capiuntur: Quod genus prætorium appellatur. Certum est enim, quibusdam in caussis, vel privilegio, vel alia de caussa, debitoris res pignori legibus subiici, de quibus sub titulo, quibus in caussis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur. De prætorio pignore, quid sit, & quibus ex caussis capiatur, habes in *L. non est mirum, D. de pignorat. actio.* & titulo Codicis, de prætorio pignore, præsertim in *L. ul. eius titu.* & titulo *sequenti* si ex caussa Iudicati pignus captum sit. Ait deinde Prætor, *ei, hæredique eius* &c. His verbis actio creditori datur pignoris persequendi caussa. Quam ex eo rem esse facile intelligitur, quod in eum, datur, qui possidet. *L. pignoris de pign.* Ea quasi Serviana, sive hypothecaria appellatur de qua in *§. item Serviana; institut. de actio*. Quid in condemnationem veniat, traditum est in *L. si fundus, §. in vindicatione. L. si inter, §. ulti. de pign.* Sequitur de distractione pignoris, *Si creditor eam rem distraxerit*. De distractione pignorum habes sub titulis de distractione pignorum in Pandectis, & Codice Iustiniani. Ea verba, *Quod contra legem pignoris non fiet*, hoc significant licere pignus distrahere, non si nominatim ita convenerit: ut liceret, sed ita, si non convenerit, ne distrahere liceret. Quæ conventio servanda est. De quo Ulpia. in *L. 4. de pign. actio*. Ait Prætor, *si pluribus eadem res*. Regulam hanc de prærogativa creditorum in pignore, multis rescriptis expressam habes in *L. 2. L. 3. L. diversis. C. qui potiores in pign. habe.* Ait: *Nisi si posterioris pecunia*. Exceptionem ab Ulpiano expositam habes in *L. 5. & 6. qui pot. in pig. hab.* Ait; *Eo remoto cæteris deinceps*, &c. Huc facit *L. potior, §. ult. L. creditor. L. Claudius. D. qui pot. in pign. hab. L. 1. C. eod. titu.* Ait: *Extra quam si in prioris remoti locum successerit*. De his; qui in priorum creditorum locum succedunt, titulum habes in Codice Iustiniani: de iis modis, quibus pignus solvitur, nihil necesse fuit seorsim præcipere. Hoc enim in prima clausula illis verbis a me notatum est, *quo ad pecunia solvetur aut eo nomine illi satisfactum erit*. Sed iam hæc suis locis exposita, ut a nobis propositum est, pluribus audiamus. Prius tamen quid sit pignus, de quo quærimus, seu hypotheca. Nam hoc quoque verbo in eadem re utimur.

CAP.

C A P. I I.

Quid sit pignus, sive hypotheca.

Pignus & hypotheca quid sint: Etymon utriusque. I. & seq.
Alterum ab altera nomine differunt, non re. II.
Ideo usurpantur promiscue. III.
Pignoris & hypothecæ nomine interdum significari genus obligationis; frequentius rem pignori obligatam. IV.
Pignus esse accessionem principalis obligationis; & quid huic rei consequens. V.
Accedere posse cuicunque obligationi etiam naturali. VI.
Nec præsenti tantum, sed & futuræ; & qua cautione. VII.

I. Pignus a pugno dictum est, ut sit pignus, quod quasi pugno, id est, manu, securitatis loco capiatur. Hypotheca autem verbum Græcum est. Illi enim [illegible] dicunt, quod nos pignori opponere: ut sit quasi rem obligationi supponere: unde [illegible] quod verbum Latinum factum est, diciturque iam usitato more hypotheca, quod vi ipsa nihil aliud est, nisi pignus. Est igitur pignus, sive hypotheca, quod initio diximus, res omnis creditori pro debito obligata.

II. Quem nexum, & obligationem si spectemus in pignore (quod eum de re obliganda quæritur, facere debemus) inter se ista nihil differunt. Quod Iustinianus intelligi voluit in §. *item Serviana, instit. de act.* Sed ut idem eodem loco significat, in ratione, & vi nominis, est aliquid, quod interfit. Nam pignus proprie dicimus, eum ita res pignori obligatur, ut simul etiam possessio tradatur creditori; hypothecam, eum non transit possessio ad creditorem. *d.* §. *item L. si rem* §. *proprie. de pign. act.* Idque nomen ipsum satis iudicat. Nam pignus sic a pugno dictum est, ut re vera non possit esse pignus, nisi etiam manu capiatur. Unde pignus rei tantum mobilis proprie dicetur, si ad proprietatem nominis rem expendere volemus: *L. plebs.*, §. *pignus, de verb. signif.* hypotheca autem vi ipsa suppositionem significat, ut sit res obligationi supposita, nihilque in eo verbo, nisi suppositio, & nexus intelligatur. Sed hæc, inquam, ita dicuntur, eum ad subtilitatem verbi, & originem res exigitur. Ad iuris rationem, & obligationem, nihil interest, quia nihilo minus iuris habet is, cui non est tradita possessio, quam cui est tradita, sed tantundem uterque ex æquo. Nam & quam rem non accepit, vindicare potest, ut habeat, eandemque needum acceptam distrahere, si modo convenerit, ut pignori esset, & quam accepit, amittere potest, ut illi eadem vindicatio ad eam persequendam necessaria sit.

III. Eo factum est usu loquendi iure recepto, ut utrumque pro eodem accipiatur, dicaturque hypotheca etiam quæ ab initio tradita est, quia non traditio, sed conventio obligationem fecit; & contra quæ non est tradita, recte dicatur pignus, quia iure nihilominus sit obligata, teneaturque creditori, quam si tradita esset. Qua ex ratione iuris atque usu illud a Martiano dictum est, inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre. *L. res hypothecæ de pignor.*

IV. Est autem observandum, pignoris verbum itemque hypothecæ interdum pro ipso rei nexu, & obligatione sumi, ut eum quærimus, quibus modis pignus, vel hypotheca contrahatur, item quibus modis solvatur. Neque enim aut illic rem contractam, aut hic rem dissolutam intelligimus, sed utrobique obligationem pignoris aut contractam, aut dissolutam. Frequentius tamen rem ipsam significat, quæ nexa est. Cuius generis illa sunt, eum pignus traditum creditori, pignus idoneum, pignus venditum aut distractum esse dicimus. Qua etiam significatione a nobis definitur, & recte; eum obligationem rei sine re, quæ obligetur, frustra requiramus.

V. Illud videamus, quam vim in superiore definitione habeat, quod adiecimus, rem pro debito obligatam. Nempe huc pertinet, pignus principalis obligationis accessionem esse; nisi quid, cui debeatur, frustra pignus ei constitutum videri. Probant hoc exemplo pleraque sub hoc titulo relata, quæ ad hanc regulam exigi debent. Triphoninus in L. Is, qui promisit, 33. *Is qui promisit*, inquit, *tibi, aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum ante solutionem recipit.* Cur? dicet aliquis. Plus enim

enim esse videtur, pecuniam solutam retinere, quam pignus, quod eius pecuniæ nomine tantum obligatum est. Nempe quia Titio nihil debetur, cui, stipulari non potuimus, ideoque nec pignus in eius persona potuit consistere, quod eius obligationis accessio est; at ei recte solvitur, quia ad solutionem adiectus est, non ad obligationem. *L. si quis alii*, §. *plane instit. de inutil. stip.* Inde etiam Paulus respondit, *L. si legati, his tit.* si legati conditionalis relicti filiofamilias nomine, pater ab hærede rem propriam eius accepisset, & mortuo patre, vel emancipato filio conditio legati extitisset, incipere filio legatum deberi; quod ad pignus attineret, neque filium id vendicare posse, quia ipse id non accepisset, neque patrem, aut alium successorem nomine patris, quia in persona eius nunquam constitisset, cui nihil ex eo legato unquam debitum fuit. Traditum est enim, cum ei, qui in aliena potestate est, quid legatum est, si cum dies legati cedit, sui iuris inveniatur, legatum ei ipsi acquiri, non ei, cuius in potestate fuit. Conditionalis autem legati dies tunc demum cedit, cum conditio legati extitit, *L. 5.* in princ. & §. *ult. D. quando di. leg. ced.*

VI. Sed ut sine obligatione in quam pignus destinamus, nullum pignus est: ita sciendum est, si quæ suberit, pro quacunque obligatione rem hypothecæ dari posse Ait enim Prætor, *si creditori pro eo, quod ei debetur*. Ac si civilis erit, aut Prætoria, id est, eiusmodi, ex qua agi possit, minor dubitatio est, an pro ea pignus dari possit. Dari vero sine controversia est, quocunque modo contracta sit. Nam qui eo modo debet, vere debere eo proprie intelligitur, idcirco, quia efficaciter. *L. debitor, D. de verb. sig.* Sed ut naturalis tantum sit obligatio, qua quis teneatur, etiam pro ea pignus consistet, ut potest & fideiussor intervenire. *L. res hypothecæ L. quæsitum*, in fin. *D. de pignor.* Naturales autem obligationes vocamus eas, ex quibus quidem nulla actio sit; sed si quid propter eas solutum fuerit, repeti non possit, *L. naturales, de obliga. & act.* quæ ex eo nascuntur, si quis in aliqua re alterius fidem sit secutus. *L. cum amplius*, §. *is natura, de reg. iur.* Sint exempli gratia, usuræ indebitæ iure civili, quia per stipulationem promissæ non sint, verum convenerit, ut præstarentur; si pignus in eam caussam datum est, non prius liberabitur, quam solutæ fuerint. *L. in iis*, §. *Imperator, de solution. L. solutum*, §. *sive autem, de pig. act.* Eodemque modo cum servus naturaliter obligetur tantum, non obligetur civiliter; si pignus pro eo datum sit, iure id tenebitur. *L. naturaliter, D. de condict. indeb.*

VII. Iam vero non solum pro præsenti obligatione pignus dari poterit, sed etiam pro futura: veluti si quis pecuniam postea accepturus, aut aliquid sub conditione promittens multo ante quam accipiat, aut existat conditio, creditori cum quo egerat, pignus in eam caussam destinaverit tantummodo ut in his admoneatur, non ante pignus esse, quam conditio, aut res extiterit *d. L. res hypothecæ. pig.* Redeundum est enim ad id, quod initio posuimus, nisi quæ obligatio subsit, pro qua pignus datum est, pignus non esse: neque porro in conditionalibus obligationibus ante obligatio nascitur, quam conditio extiterit. Adeoque verum est, pignoris persecutionem ex obligatione principali pendere sicut & fideiussoris, ut quamvis cum dies stipulationi adiicitur, statim obligatio sit, quam ob caussam & pignus pro ea recte obligetur: tamen quia ante diem ex illa agi non possit, pignoris etiam persecutio interim pendeat. *L. solvitur*, §. *si paciscatur, D. quib. mod. pig. vel hy. sol. L. cum solvenda, de distr. pign.* Si tamen intersit creditoris medio tempore pignora persequi, ut in locationibus contingit, dum inquilini suspecti sunt, putat Ulpianus, & recte, esse permittendum. Ac quid sit pignus, satis dictum est. Quod cum constet id esse rem pro debito obligatam, deinceps quomodo obligetur cognoscendum est.

CAP.

C A P. III.

Quomodo pignus conſtituatur, & quæ pignorum genera.

Pignoris contrahendi modus duplex; & quod pignoris utroque modo contracti nomen. I.

Conſtituitur pignus aut iuſſu magiſtratus, aut debitoris voluntate. II.

Illud prætorium; hoc conventionale. III.

I. PIgnus contrahitur non uno modo. Nam aut lege conſtituitur tacite, cum res debitoris pignori ſubiiciuntur ſine alia conventione; aut iuſſu & voluntate eius ad quem ea res pertinet. Illud tacitum recte dicimus *L. eo iure*, §. *L. ex quib. cau. pig. vel hypot. taci. contr. L. unic.* §. 1. *C. de rei uxo. act. L.* 1. *C. commun. de legat.* hoc conſtitutum licet appellare, nec ſine exemplo. Sic enim & ſervitutes iure conſtitutas dicimus, cum ab his ſeparare volumus, quæ natura quodammodo rei, & lege imponuntur. *L. hoc iure*, §. *ductus D. de aq. quo. & æſti. L.* 1. §. *ultim. D. de dam. infec.*

II. Conſtitutum pignus, quod dicimus, duplex eſt. Nam aut magiſtratus iuſſu datur, & imperio, cuius de re iuriſdictio eſt; aut debitoris voluntate.

III. Illud prætorium dicitur: ut prætoria ſtipulatio, quia ex prætoris, & magiſtratus officio proficiſcitur: hoc cum ex conventionibus & pactis naſcitur, conventionale. Utriuſque meminit Iuſtinianus, in *L. ultim.* C. de prætor. pigno. *Veteris*, inquit, *iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum reſpeximus. Unum quidem, quod ex conventionibus, & pactis hominum naſcitur. Aliud, quod a iudicibus datur, & prætorium nuncupatur.* Sed quod dicit, ad duplum genus hypothecarum reſpeximus, non ſic dixit, quaſi duo tantum hæc genera hypothecarum ſint, neque enim ille tradere diviſionem hypothecarum inſtituit, ſed duo genera pignorum ex tribus inter ſe exæquat, prætorium & conventionale: ut quemadmodum creditor ſi conventionalis pignoris poſſeſſionem amiſerit, ad eam recuperandam actionem habet in rem; ſic id perſequi liceat & vendicare, quod a magiſtratu datum eſt, ſi forte poſſeſſione eius ceciderit. Et in ſumma pignus aut lege conſtituitur, aut decreto, & iuſſu magiſtratus, aut privati debitoris vel alioquin Domini voluntate.

CAP.

CAP. IV.

Quibus in caussis pignus tacite contrahatur.

I. Lege debitoris res pignori subiiciuntur aut tacita quadam ex contrahentium conventione, aut privilegio; conventio de quibusdam rebus interponi creditur in prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum locatione. Quo in genere sic ius constitutum est.

II. „ Inducta & illata in prædia urba- „ na, pignori esse obligata locatori: quasi „ id tacite convenerit, non solum pro „ pensionibus, sed & si deteriorem ha- „ bitationem fecerit culpa sua inquilinus, „ quo nomine cum eo ex locato actio „ est. *L. eo iure*, 4. *L.* 2. *D. in quib. „ cau. pig. vel hy. tac. contraha. L. item „ quia D. de pact.* In prædiis rusticis „ contra. In iis tamen fructus, qui ibi „ nascuntur, eodem modo pignori esse, „ ut inducta & illata in prædia urbana „ diximus, etiamsi id nominatim non „ convenerit: *d. L. eo. iure L. in prædiis*, de quorum verborum sententia, quia locus postulat, dicendum est. Ait lex. (Sic enim mihi nunc vocare libet id ius, quod de iis cautum est) *inducta & illata*. Inducta, & illata in prædium, sic accipere debemus, non verbo tenus, quæ inducta sunt quovis modo, sed ex sententia legis, & contrahentium, quæ eo animo inducta sunt: ut deinceps ibi sint, *L. in prædiis*, §. *ult. D. eod.* id est, ut sint perpetuo quandiu conductor manebit. Id enim hoc verbi significat: *ut ibi sint*, *L. debitor D. de pig. L. ex facto*, §. *rerum D. de hered. instit.* non temporis caussa, qua in genere sunt ea, quæ cum alibi conductor in destinato, & constituto loco haberet, usus alicuius necessarii caussa transduxit in habitationem conductam, ut postquam illis usus esset, ea deinde in suum locum referret. Nam quæ in hac caussa sunt, non ut ibi essent, ubi nunc utitur conductor, inducta sunt, sed ut iis ad tempus uteretur, ut si operi faciundo servos, quos alibi habebat, adhibuerit; si ad convivium, quod hic apparabat, utensilia ex aliis ædibus eius convivii caussa mutuo sumpserit. De differentia autem horum verborum, vide *L. ferri, D. de verb. sig.*

III. Ait lex, *in prædia urbana. Urbana prædia*, Ulpiano authore, *omnia ædificia* accipere debemus, *non solum ea, quæ sunt in oppidis, sed etsi forte stabula sint, vel alia meritoria in villis, & in vicis: vel prætoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum prædium non locus facit, sed materia. L. Urbana. D. de verb. signific.* Materiam ille vocat cæmenta, lapides, tigna, & cæteras res, ex quibus ædificia fiunt, ut sit sensus, urbana prædia a rusticis materia, qua res constat, discerni, non loco. Et sane peculiariter etiam materia dici-

rur, lignum ad ædificandum paratum; ficque a ligno diftinguitur, ut fit materia, quæ ad ædificandum, fulciendumve necellaria eft: lignum, quicquid comburendi cauffa paratum eft. *L. ligni. D. de leg.* 3. Idcirco autem ædificia, etiam quæ in villis funt, prædia urbana dicuntur, quia ad imitationem, & ufum urbanum facta funt; denique quia talia funt, qualia quæ in urbibus habentur. Quæ in urbibus funt, frequentandarum urbium, & habitandi cauffa parata funt. Quæ huius rei cauffa facta funt, ubicunque fint, ideo urbana dicimus. Idque non paulo rectius, quam mancipia ex genere, & inftituto ferviendi urbano, quia Domino miniftrant, non operi ruftico faciundo operam dant, urbana appellamus. *L. Urbana familia: D. de verb. fig. L. fervus Urbanus, D. de legat.* 3. Nam homines non huius rei caulla nafcuntur, ut illi, aut illi rei ferviant, tantumque id deftinatione Domini fit, non rei natura, & fine. Ædificia autem, nifi ut incolantur, non fiunt, neque ruri, neque in urbe. Omnia enim aut hominum, aut cæterarum rerum recipiendarum cauffa extruuntur, ut vel natura fua ab initio ad ufum urbanum, & formam inftituantur. Sed num hæc Ulpiani definitio vera effet, per fe alioqui fatis aperta; controverfum nobis fecit Neratius, euius de hac re contraria, ut videtur, extat non uno in loco definitio. Is in *L. eo iure*, §. *ftabula*, hoc titulo fcribit; *ftabula, quæ in continentibus ædificiis non funt*, urbanorum prædiorum numero non effe, *cum a cæteris ædificiis feparata fint: quamvis, quod ad cauffam taciti pignoris attinet, non multum ab urbanis differunt.* Quod eft jis ut videtur, quæ de hoc genere ex Ulpiano fupra retulimus, valde contrarium. Is enim præterquam, quod ædificia omnia una definitione complexus eft, nominatim etiam ftabula, aliaque meritoria ubicunque effent, urbana prædia effe adiunxit. Sunt, qui velint Ulpianum de ftabulis loqui, quæ hominum recipiendorum cauffa parata funt. Neratium de iis quæ gregum ftabulandorum. Hi dicerent aliquid fortaffe, fi Ulpianum oftenderent, cum ftabula nominavit, de hofpitio tantum fenfiffe. At ille de ftabulis infinite loquitur. Quod fi ex verbi fignificatione & loquendi ufu res pendenda eft; qui ftabula dixit, fi Latine locutus eft, non dico utrunque genus complexus eft; fed ædificia, aut loca gregibus & pecoribus, aut feris continendis parata dixit, non hofpitia fignificavit. Id enim ftabulum vi ipfa fignificat. Ductum eft enim verbum a ftando, quod brutorum diverfentium proprium eft, non hominum. Nec temere quifquam aliter hoc verbo uti reperietur, nifi qui rem ab animantibus brutis ad homines transferre voluit. Quid enim ftabulari, quid ftabulatio, quæ inde dicta funt? quis hæc nifi de brutis ufurpat? Quis dandam effe operam dixit, ut homines commode ftabulentur, pro eo, quod eft, habitent? Quis hominibus ftabulationem effe comparandam, pro habitatione, & diverforio? At hæc omnia de animalibus brutis paffim dicuntur. Nam quod addit Ulpianus. *Vel alia meritoria in villis*, quid ad rem pertineat, non intelligo, ut ille ftabuli verbo, quo antea ufus erat, diverforium intellexiffe arguatur. Stabula inquiunt, meritoria intellexit Ulpianus, poftquam ita addidit: *vel alia meritoria*. Primum non neceffe eft ita interpretari. Potuit enim, ne nifi fallor, debuit fic accipi: Sed & fi forte ftabula funt, quæ gregibus, & armentis non hominibus accipiendis ferviunt, vel alia ædificia meritoria, quæ divertendi fcilicet tantum cauffa parata funt, non habitandi, non magis quam ftabula prædiorum urbanorum numero erunt, ut fit fenfus. Quæcunque ædificia funt in villis, etiam fi ad habitandum parata non fint, urbana tamen prædia effe, cuiufcunque generis fuerint. Quod ut eum fentire intelligeremus, ftatim fubiunxit. *Quia Urbanum ædificium non locus facit, fed materia.* Videturne, cum hæc dixit, de omnibus ftabulis aperte fignificare voluiffe? Ut enim ftabulis iumentorum ædificii nomen detraxerimus, tamen ftabula conftare relinquetur. *At prædium Urbanum*, inquit, *non locus facit, fed materia*. Sed efto his verbis: *vel alia meritoria* fignificarit Ulpianus fe ftabula prius cum dixit, meritoria intellexiffe, continuoue diverforia eum dixiffe intelligemus? At nihil vetat, meritoria effe etiam ea, quæ iumentis ftabulandis deftinata funt. Nihil vetat denique meritoria effe ædificia ftabulandi cauffa parata: ut tamen fint ædificia. Ne longius abieris. Nonne fi omnia meritoria, diverforia effe putamus, ridicule Ulpianus, cum prius diverforia dixiffet, quæ appellatione ftabulorum, ut ifli volunt, intellexit, addidit poftea: vel alia meritoria? Hoc enim perinde foret, ac fi diceret, urbana prædia effe, si forte diverforia sint in villis, vel alia diverforia. Quo quid ineptius? Quod fi ex meritoriis ædificiis alia funt hominum recipiendorum caufla facta, alia pecorum & iumen-

iumentorum, cur non e converso potius stabulorum verbo ea, quæ iumentorum caussa parata sunt, ut vis verbi, & usus postulat, accipimus, aliorum autem meritoriorum appellatione ea, quæ sunt hominum caussa parata? Postremo ne sic quidem multum profecerimus, si Ulpianum stabulorum verbo hospitia rustica intellexisse dicemus. Ut enim de ædificiis iumentorum stabulandorum caussa paratis non loqueretur, tamen quid de iis quoque tenendum esset, ex eius definitione intelligeremus, cum ita dicat, urbanum ædificium non locum facere, sed materiam. Sed nec Neratius hic addidit, quæ stabula intelligeret. De stabulis uterque & generaliter loquitur. Nec dubium est, quin stabula uterque intelligat, ædificia, quæ ad iumenta, & pecora stabulanda comparata sint, si verbi usum, & proprietatem sequimur. Quid ergo est? Ergo Ulpianum, quæ in usu iuris prædia urbana sint, definisse puto, itaque eo tradidisse, urbana prædia esse omnia ædificia, quod ex sententia iuris, quodcunque de urbanis prædiis loqueretur, hæc prædia significarentur, licet minus proprie interdum. Quod intelligere licet ex hoc ipso iure, quod est de illatis, & invectis in prædia urbana. In quo etsi neget Neratius stabula urbanorum prædiorum numero esse, iuris tamen sententia hæc quoque ipse in hoc numero haberi debere ait. Idem intelligere possumus in servitutibus urbanorum prædiorum, de quibus cum hoc ius sit constitutum, ut non aliter non utendo amittantur, quam si vicinus quoque libertatem simul usuceperit, cum servitutes rusticorum prædiorum non utendo solum amittantur, *L. hæc iura, de serv. urba. præd.* in huius iuris interpretatione de sententia, & mente legis prædia urbana accipimus ædificia, & urbanorum prædiorum servitutes, quæ ædificiis debentur, suntque in superficie; rusticorum eas, quæ in solo consistunt. *§ prædiorum, Inst. de servitu. prædio.* Neratium autem proprietatem verbi secutum hoc loco intelligo, eoque negasse stabula, quæ in continentibus ædificiis non essent, prædiorum urbanorum numero esse, quia proprie, & ex ea ratione, quam in definiendo hoc verbo secutus est, prædium urbanum non esset. Quod quo facilius intelligatur, animadvertendum esse puto, Neratium prædiorum urbanorum loco habuisse, primum ædificia omnia, quæ habitandi caussa parata essent, ubicunque essent. Quod ex eo facile colligitur, quod de stabulis hoc loco scribit. Nam cum dicat ea prædiorum urbanorum non esse ideo, quia neque ex genere cæterorum ædificiorum sint, neque his sint coniuncta: declarat, si quæ sint alia ædificia, & si ruri sint, prædiorum urbanorum loco ea se habere. Alioqui si ex loco rustica esse putavit omnia, quæ ruri essent, non debuit de stabulis hic dubitare, sed de omnibus ædificiis, quæ in urbe, aut continentibus urbi ædificiis non essent, generaliter pronunciare debuit, prædia hæc urbana non esse, quia essent ruri. Hæc igitur primum sine dubitatione in prædiis urbanis habuit. Proxime quæ in ea caussa essent, ut habitari possent, & possent homines accipere divertendi caussa, ut horreum, & diversorium. Tertio loco quæ his coniuncta essent, tanquam iis deservientia, ut aream, quæ in ædificio est. Hoc enim est, quod Ulpianus scripsit in L. 3. *hoc tit. si horreum fuerit conductum, vel diversorium, vel area* (aream accipe, quæ in ædificio est, quod de hortis diserte Ulpianus adiecit in *L. urbana prædia de ver. sig.*) *tacitam conventionem de invectis, & illatis etiam in his locum habere putat Neratius*; de horreo videlicet, & diversorio, & area ideo specialiter dixit, quia dubitari poterat, num hæc ædificia prædiorum urbanorum essent, cum habitandi caussa parata non essent. Est enim horreum, quod reponendis, & asservandis frugibus, item fructibus paratum est, & in usu Iurisconsultorum fere is locus, in quo res quæque pretiosissimæ reponuntur, & custodiuntur. Diversorium, est hospitium, locus omnis, in quem ex itinere, vel aliunde divertimus commorandi causa, non habitandi. Quod Cicero expressit his verbis in Catone maiore: *ex ista vita sic discedo tanquam ex hospitio, non tanquam ex domo. Commorandi enim natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Area autem est locus in urbe ædificiis vacuus, ut dubitari non possit, quin non sit ædificium. *L. fundi, D. de verb. sig.* Tacitam tamen conventionem de invectis, & illatis, in his locum habere putavit Neratius, quia hæc urbanorum prædiorum essent, quod vel incoli possent, vel ædificiis servirent. Quod si quæ neque habitandi causa parata essent, neque hominis habitationem reciperent, neque ædificiis coniuncta essent, cuiusmodi sunt stabula, id est, septa continendis, & stabulandis tantum gregibus deservientia, quæ in continentibus ædificiis non sunt; non dubitat, quin prædiorum urbanorum numero non sint, non quia sint

sint ruri, sed quia neque forma, neque usu urbana sint. Nam cur de his solum pronuntiat, urbanorum prædiorum numero non esse, si diversoria quoque, quæ in continentibus ædificiis non sint, eodem numero habeat? Non sunt igitur proprie, ut ad rem redeam, stabula huiusmodi urbanorum prædiorum, cum a cæteris ædificiis separata sint. Et tamen hæc ipsa huc quoque referri debent, cum ædificio, & materia constent, ex legis sensu, quamvis minus proprie ita dicantur. Neque hoc cuiquam mirum videatur, quæ minus proprie urbana prædia dicantur, ea Neratium simpliciter dicere urbanorum prædiorum non esse. Hoc modo Iulianus de servo hærede scripto ab eo domino, qui in hostium potestate decessisset, deque filio eodem casu a patre hærede instituto agens, locutus est in *L. lege Cornelia, D. de testam.* Nam cum in fine necessarium hæredem dici non posse ait, qui in potestate morientis non fuerit, quem paulo ante minus proprie ita dici scripserat.

IV. Sed multo magis superiori definitioni Ulpiani adversari videtur, quod idem Neratius de servitute rusticorum prædiorum tradidit. *L. 2. de serv. rust. præd.* Is enim scripsit, rusticorum prædiorum servitutes esse, quæ ædificiis rusticis debentur. Rusticorum etiam inquit prædiorum servitutes sunt, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel protectum habere licere. Quæ duo nisi in ædificiis haberi non possunt ad ædificiorum nostrorum utilitatem. ita quæ ruri sunt ædificia, hæc rustica prædia appellat, non urbana, omninoque illa non materia distinguit, sed loco. Equidem, quod ad me attinet, ex loco non male rustica etiam dici existimo, quæ ruri sunt, si modo recte dicuntur rustica, quæ ad rus pertinent. Nec novum est, quæ ruri sunt, ita dici. Florentinus: in *L. fundi* de verb. signific. *Fundi appellatione omne ædificium, & omnis ager continetur: Sed in usu urbana ædificia, ædes: rustica, villæ dicuntur.* Ulpianus *L. 1. §. Cassius quoque*, D. de aqua pluviæ arcen. *Cassius quoque scribit, si aqua ex ædificio urbano noceat, vel agro, vel ædificio rustico, agendum de fluminibus, & stillicidiis.* Sic quoque Neratium, prædium rusticum nominasse certum est. Sed aliud est, cum verbum per se ex instituto loquentis ponitur, aliud cum in eo sententia legis exquiritur. Quod ad rationem nominis attinet, nihil vetat diversis rationibus idem prædium, quod ruri est quia ædificium sit, ex similitudine, & usu urbanum dici, & rursum, quia ruri sit, & in villa, rusticum. Cum autem significatio ad legem, quæ de urbanis prædiis loquitur, revocatur, urbana prædia ædificia accipienda esse dicimus, ubicunque sint, & maxime quidem in servitutibus; in quibus quæ ratio est, cur ædificii, quod in urbe est, ius non aliter admittatur, quam si una etiam vicinus usucceperit servitutem, eadem in ædificio, quod ruri est, locum habet. Quæ Ulpiani definitio est, quam initio retulimus, ad usum legis scilicet accommodata, eadem Iustiniani in *§. prædiorum, Instit. de servit.* Quod autem Neratius rusticorum prædiorum servitutes illas esse etiam dicit, licere altius tollere, & cæteras; non dicit quasi definire volens, quæ sint urbanorum, quæ rusticorum servitutes. (Nam id quidem est aperte contra legis mentem & rationem) sed hoc significans, has servitutes altius tollere ædes, protectum habere licere, non in ædificiis solum urbanis, verum etiam in rusticis constitui posse. Quod Ulpianus expressit in *L. 1. commun. præd.* his verbis. *Ædificia urbana quidem prædia appellamus; Cæterum etsi in villa ædificata sint, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt.* Relinquitur igitur quæcunque ædificia sunt, ea si conducta sunt, cuiuscunque generis & ubicunque fuerint, in his conventionem de invectis, & illatis locum habere vel Neratii sententia; vel quod urbana prædia sint, vel quod pro prædiis urbanis haberi debeant. Recte, si quidem in his nulli sunt fructus, qui pro locatione pignori esse possint locatori, ut in prædiis rusticis.

V. Dixerit quispiam, secundum hanc sententiam eventurum, ut omnia illata, & invecta etiam in fundum, pignori sint locatori, propterea quod quæ inducuntur in fundum, tamen omnia in ædificium aliquod inducuntur, ut ibi custodiantur, & asserventur. Nisi forte quæ in fundum inducuntur, ea in ipsum agrum induci intelligimus ut sint sub dio; ubi illa corrumpi, & interire necesse sit, quod est absurdum. Iam vero omnia inducta pignori esse locatori, contrarium est ei distinctioni prædiorum, quam posuimus. Ego sic iudico, si ædificium per se alicubi conductum sit, quæcunque in id prædium invecta, & illata sint, pignori esse locatori; quia verum sit, prædium urbanum esse, idque esse conductum. Sed si fundus conductus sit principaliter, etsi in eo fundo sit aliquod ædificium, quod

eius

eius fundi pars est (nam is proprie est fundus, ager cum ædificio *L. fundi D. de verb. sig.*) aio, sive in ipsum agrum, sive in id ædificium res inductæ sint, in ipsum fundum, id est, in prædium rusticum inductas videri; quia fundus conductus sit, non ædificium, & præterea id ædificium pars eius habeatur. *L. fundi, D. quibus modis usufru. amit.* Sic fieri; ut in ædificium inducantur, neque tamen contra superiorem distinctionem pignori sint locatori. Sed ad reliqua pergamus.

VI. Ait lex; *Sunt pignori obligata.* De hac obligatione commodum hoc loco monendi sumus, non eandem esse vim eius obligationis in omnibus rebus illatis, quæ futura esset, si res manifestaria conventione pignori essent obligatæ. Et hoc interest (inquit Paulus) *L.* pen. hoc tit. *quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus; inhabitantes autem manumittimus, scilicet ante, quam pensionis nomine præcludamur. Tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus. Et derisus est*, inquit, *Nerva iurisconsultus, qui monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse per fenestras*, cum illinc conspicerentur, quasi non essent præclusi, quos per fenestras conspicari possemus. Quod ait lex, omnia inducta obligata esse locatori, declarat, si is qui ædes conduxit, partem earum locaverit, ea quoque pignori locatori fore, quæ a secundo conductore inducta sunt; in eam tamen summam duntaxat, in quam cœnaculum conduxit. Nam & hic conductor est, dominus locator. *L. solutum, §. solutam, D. de pig. act.* Plane *si gratuitam habitationem conductor mihi præstiterit; invecta a me domino insulæ pignori non erunt*, ut Pomponius *hoc tit.* scribit. *L.* 5. Quod sic accipiendum est, ut in totum non sit obligata; id est, neque pro pensionibus domus, quas nullas debeo; neque si deteriorem habitationem culpa mea fecero, quia verum est, me ædes non conduxisse. Lex autem quæ est de invectis, de inquilino loquitur. Is est autem, qui ædes mercede inhabitat.

VII. Sequitur de prædiis rusticis; in quibus de invectis, & illatis contra observari Neratius author est. Quod quam sententiam habeat, considerandum est. Et quidem cum prius dixisset invecta, & illata pignori esse locatori &, si nihil nominatim convenisset, mox subiiciat in prædiis rusticis contra observari; nemini dubium esse potest, quin hoc significet inducta, & illata in prædia rustica non esse pignori domino fundi, si nominatim ut pignori essent, non convenisset. Pro qua sententia facit, quod Iustinianus in §. 3. vers. *interdictum quoque Iustit. de interdic.* ita scribit: *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis caussa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset:* tacite innuens de iis nullam esse persecutionem, de quibus nihil esset pactum. Item quod de his prædiis loquens Pomponius, *L.* 7. *D. in quib. causs. pign. tac. contr.* in iis, ait, *fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit.* De fructibus loquitur tantum. Unde coniecturam capere licet, cæteras res non intelligi tacite pignori esse obligatas, nisi quid convenerit. Alioqui non fructus contentus fuisset dicere, sed addidisset etiam invecta & illata in fundum pignori esse, quæ nihilominus, quam fructus pignoris iure teneri intelligerentur.

VIII. Extat tamen rescriptum Alexandri sub *tit. locati C.* quo de iis, quæ in fundum invecta sunt, ita scriptum est, quasi ea quoque pignori obligata sint, si dominus sciverit ea inferri. Cuius verba hæc sunt: *Certi iuris est, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini.* Nam ea quoque pignoris iure tenentur. Ex quibus verbis id colligi videtur; ut quæ in prædium rusticum, vel urbanum inducta sunt, sine discrimine tacite pignori sint omnia, etsi nihil nominatim convenerit. Sed quoniam in prædiis rusticis aliud observari dicimus, quam in urbanis, sit hæc dissimilitudo; ut in prædiis urbanis non sit necessaria domini prædii de rebus illatis scientia; in rusticis contra eius voluntas, id est, scientia sit necessaria. Sicque vulgo ab interpretibus iuris ad nostra tempora id rescriptum acceptum est. De qua sententia plura non dicam, cum sit iis, quæ diserte a iurisconsultis in hoc genere tradita sunt iisdem temporibus, quibus Alexander vixit, & ab iis ipsis iureconsultis, qui illi in consiliis fuerunt: ut Paulo, & Ulpiano contraria: quæ tamen consentanea esse debuerant, & futura erant, si modo ita esset, ut illi interpretantur. Tantum admonebo, quod est in promptu, verbis rescripti eam sententiam nullo modo convenire. Ait rescriptum,

ea

ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint. Longe aliud est, voluntate dominorum aliqua inducta esse: aliud scientia: propterea, quod fieri possit, ut sciat dominus pleraque inferri, quæ illi non placeant, nec possit prohibere; fieri possit etiam, ut eo ignorante multa inducantur, quæ si sciret, volente eo fierent, & approbante. Deinde quid ad obligationem inductorum facit, quod dominus ea vidit inferri in fundum. Quid enim ad consensum mutuum pertinet de his obligandis, quod dominus scivit ea inferri? An quæ obligatio inter ignorantes non contrahitur, ea inter scientes contrahetur; ubi nihil convenisse illos certum est? Nihil caussæ est, neque hoc prudentiæ Alexandri, aut cuiusquam Iurisconsultorum convenit. Potius igitur viris doctissimis assentiendum est, Francisco Duareno, Eguinario Baroni, Francisco Connano, quos ego viros, sicut ipsorum dignitas postulat, honoris caussa nomino, sententiam Iurisconsultorum de invectis & illatis retinentibus, illudque Alexandri rescriptum sic accipientibus, ut voluntate dominorum induci in fundum hoc significet, volente & paciscente domino; ut illa pignori essent, quæ sunt in fundum inducta. Quod est iis, quæ dicimus, consentaneum. Sed quoniam in eo laboratur quomodo verba rescripti, quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint, ad hanc sententiam traducamus, cum fieri possit ut voluntate, seu pactione Dominorum quædam inducta sint, neque tamen convenerit, ut postquam inducta sunt, pignoris iure teneantur: de eo nobis dicendum est. Et mihi idem, quod plerisque eorum videtur, ut qui id egerit cum colono, qui hanc legem locationi dixerit, id est, quod rescriptum ait, qui voluerit; ut illa, aut illa inducerentur; ut ipse & per consequentiam pactus esse intelligatur, ut de iis sibi promissum sit, id est, pignoris loco teneantur. Nam alterius rei caussa id cavisse intelligi non potest. Nisi vero frustra id placuisse dicemus. Quod cum agere aliquid voluerint, probandum non est. Idque usus noster comprobavit, apud quos hanc legem locationibus adiici usitatum est. Et omnino cum quid dictum inter aliquos, actumve est, semper id efficiendum est in re dubia, ut pactio aliquid egisse videatur. Inde eum qui debitori suo cautionem reddidit, convenisse videri dicimus, ne peteret, profuturamque debitori conventionis exceptionem: *L. 2. de pact.* Quia non frustra reddiderit, neque porro alius redditæ cautionis usus videri possit, nisi ut debitor securus reddatur. Sic enim fieret pecunia soluta. Sic Paulus eum, qui uxori suæ ea, quæ vivus donaverat, vulgari modo legavit, non de aliis donationibus videri sensisse respondit, quam de iis, quæ iure valituræ non sunt. *Alioqui*, inquit, *frustra ei legaturus sit, si ita exprimat: quæ uxori meæ iure donavero, ea ei lego, Nam inutile legatum futurum est. L. si quando, de leg. 1.* Quod autem dicitur in rescripto Alexandri, *quando ædes locantur, non est necessaria domini scientia:* non sic dicitur, per adversativam, quasi colligi debeat, cum ædes non locantur, sed fundus, scientiam tantum domini, id est, voluntatem requiri. Sed ita dictum est, ut ex comparatione maiorum, si id, quod minus est, non requiritur, multo minus id requiri, quod maius est, intelligamus. Sitque quod Duareno nostro recte videtur, hic sensus; tantum abesse, ut voluntas domini necessaria sit, quando ædes locantur, ut ne requiratur quidem scientia. In summa, invecta & illata in prædia rustica non alias pignoris iure tenentur, quam si id convenerit, ut pignori essent.

IX. Sed convenire potest dupliciter, & aperte, cum id agitur nominatim; ut res pignori sint; & per consequentiam quandam, cum id agitur; ut res in fundum colonus inducat. Id enim hoc valet, ut habeat dominus; unde possit illi esse cautum, quod hoc rescripto Alexandri significatur.

X. Cur autem in his prædiis invecta & illata non sint pignori, ubi nihil convenit, in urbanis contra tacite pignori sint; id caussæ est, quod locatori pro pensionibus fundi satis cautum fuit fructibus quos pignori esse diximus. Nam quam aliam ob caussam locator mercedem percipit, nisi quod colonus fructus habet? Qui si locatori obligentur, res ad eum sua sine damno redit. Hi cum nulli essent in urbanis prædiis, necesse fuit si quidem ulla re caveri vellemus locatori, invectis, & illatis cautum esse. Dixi in quibus caussis pignus tacite obligetur, quasi id convenerit.

XI. Nunc dicendum est in quibus detur privilegio. Id utilitatis caussa partim creditoris personæ tribuitur, cui lex consultum esse vult; partim rei & caussæ, de qua agitur sine ullo personarum, quæ contraxerunt, delectu.

XII. Creditoris gratia pignus datur lege in fisco, & pupillo, minoribusque vigintiquinque annis.

XIII.

XIII. Quod ad fiscum attinet, huius privilegium est, ut quisquis quid fisco quacunque ex caussa, & quocunque modo debere cœperit, eius statim bona fisco obligentur, tam quæ habet, quam quæ habiturus est. Publicæ utilitatis caussa, scilicet ut quæ in publicam caussam tendiura sunt, ea omni ratione dissolvantur, *L. 1. L. 2. L. 4. C. hoc tit. tot. titu. de privileg. fisci. C. L. aufertur, §. fiscus. D. de iure fisc.* Dixi exinde fisco bona debitoris obligata fore, ex quo quid ei deberi cœperit. Nam si in privati creditoris locum succedat, & alii sint eiusdem debitoris, qui privato debebat, creditores, pro anterioribus successionis suæ temporibus privati iure utatur, ut quemadmodum privatus, in cuius locum fiscus successit, cæteris creditoribus non præferretur, si nullam hypotheeam haberet, aut non haberet priorem, cum illi haberent, sic nec fiscus præferatur, qui privati iure utitur. *L. fiscus 6. de iure fisc.* Et hoc est, quod Ulpianus in *L. rescriptum* in princ. *de pact.* ait *fiscum quoque in iis casibus, in quibus hypothecas non habeat, exemplum creditorum sequi oportere:* intelligendum est enim, fiscum pro anterioribus successionis suæ temporibus hypothecas non habuisse, quin cæterorum creditorum exemplum sequi deberet, ut ille sequeretur, in cuius locum successit, etiamsi alii hypothecam non habuerint. In fisci privilegio hoc notandum est, non solum debitoris ipsius bona pignoris obligari quod semper fit, sed esse interdum cum uxoris, quæ ipsi debitori fisci nupsit, dos pignori obligetur. Quod in primipili persona constitutum est: ut tamen dos subsidio tantum teneatur; de quo extat constitutio sub eo *tit. C. L. 4.* Tam arcta scilicet, & ad commodum Reipubl. pertinens primipili obligatio existimata est, ut pro ea etiam dos uxoris, quæ tamen quodam modo ipsius mariti est, pignori teneatur. Cuius rei argumentum est, quod etiam filii qui patri hæredes non extiterunt, eo nomine pro ea coniunctione, quæ intercedit patri cum filio, speciali iure teneantur. *L. ulti. Cod. de primip. lib. 2.* Est enim primipillus, qui militari annonæ curandæ præpositus est, cuius cura, & administratio omnibus rebus potior, & antiquior esse debet, utpote cuius neglectus, aut interversio vel minima, maximas interdum in militibus corporum, & animorum remissiones facit.

XIV. De pupillo autem, minoribusque vigintiquinque annis non idem ius est, ut quisquis quid pupillo, cæterisque minoribus quid debeat, huius bona obligentur. Sed hoc in persona tantum tutorum & curatorum receptum est favore minorum, quorum res per alios gestæ sunt, ut eorum, qui gesserunt, aut gerere debuerunt, bona pignoris titulo sint obligata pro officio administrationis. *L. pro officio C. de administr. tut. L. unica, §. 1. C. de rei uxo. actio.* Illud specialiter in persona matris, quæ tutelam filiorum suscepit, & necdum ratione reddita ad secundas nuptias venit, provisum est constitutionibus, ut non solum ipsius matris, sed etiam eius, qui matris tutelam gerentis nuptias affectaverit, bona omnia teneantur pupillorum rationibus obnoxia, ne quid in curia, vel fraude depereat. *L. 2. C. quando mul. tut. offic. fungi pos. L. penul. C. eo. tit.* Præterea ex constitutione divorum fratrum, res pupillaribus pecuniis emptæ, iure pignoris pupillo obligatæ sunt adeo ut ne servi quidem ea pecunia empti liberi fiant. *L. pe. C. de ser. pig. dato manus.* Quod pro favore pupillorum singulari iure constitutum esse argumento erit, quod in cæteris rebus aliorum pecunia mutuo data emptis diversum ius est, quas certum est, non aliter in obligationem pignoris deduci, nisi specialiter, vel generaliter creditori sint obligatæ. *L. quamvis. 2. C. de pignor.*

XV. Pro utilitate autem rei, qua de agitur, pignus lege datum est in his fere caussis. Primum in caussa dotis, de qua ita a Iustiniano cautum est in *L. unica. §. 1. C. de rei uxor. actio.* ut, pro dotis obligatione debitoris bona ex utraque parte hypothecæ subiiciantur, id est, tam mariti ad restitutionem dotis, quam acceptir, quam mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis, nec non etiam cæterorum, qui aut pro marito dotem susceperunt, aut pro muliere promiserunt. In quo non personarum sine dubio, sed rei, de qua agitur, id est, dotis ratio habetur. Cuius ubique caussam præcipuam esse e Republica est. *L. 1. solut. matrim.*

XVI. In caussa quoque legatorum, & fideicommissorum, eiusdem principis constitutione inter cæteras actiones, quæ ab eo inductæ sunt, ut personalis, & in rem legatam, sit tacita hypotheca; & pignoris persecutio legatariis data est in rebus testatoris, adiuvandæ scilicet voluntatis testatoris gratia, quo modis omnibus eis satisfiat. *L. 1. C. commu. de leg.*

XVII. Postremo *Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum est qui pecu-*

cuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit. Quod Papinianus interpretatur non tantum ad eum pertinere, qui domino insulæ pecuniam mutuam dedit, sed etiam *qui redemptori operis domino mandante nummos administravit*. *L. 1. hoc tit.* scilicet quia nihil interfit, utrum domino ad restitutionem ædificii mutuam pecuniam dederimus, an alii iussu eius in eam caussam. *L. solutum, §. solutam, D. de pig. act. tit. quib. modis toll. obli.* in princip.

XVIII. Quod ius Accursius, & plerique omnes eum secuti, ad eos omnes pertinere putant, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis pecuniam mutuam dederint ideirco, quia horum quoque pecunia salvam fecit navem non minus, quam ille insulam, cuius pecunia insula restituta est. Quod si verum est, ne etiam ille, qui pecuniam ad rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit, quia verum est, ut eam rem haberet debitor, per pecuniam creditoris esse consecutum. Quod falsum est. *L. quanvis. L. 7. C. de pi.* Et profecto sic se res habet, ut cum S.Consultum de eo factum sit nominatim, quod ad refectionem, extructionemve ædificii crediderit, cæteri excludantur verbis, quia ad refectionem alterius rei pecuniam crediderunt, nec iniuria. Non enim eadem caussa est ædificii reficiendi, & navis, aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis, sarciendisque publica utilitas versatur. Agitur enim in eo dignitas urbis & ornamentum, ut ædificia integra sint, & bene composita, non cassa, & ruinosa, ne ruinis aspectus urbis deformetur. Itaque non in hac re tantum, sed etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis, & sartis tectis tuendis multa legibus cauta, & constituta sunt. Nam & lege duodecim tabularum de tigno iniuncto alienis ædibus agere non permittitur, ut examinatur, ne per eam caussam ædificia diruantur: *L. 1. de tig. iniuncto.* & Senatusconsultis ea, quæ ædibus iuncta sunt, legari non possunt: nisi hactenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *L. Cætera. de leg. 1. L. 2. C. de ædific. priv.* Quorum nihil simile in navi, & cæteris rebus: ut dicendum sit, verbis Senatusconsulti cessantibus, & sententia pignus in cæteris rebus non contrahi, quæ aut refectæ, aut emptæ ex pecunia nostra fuerint; nisi de eo generaliter, aut specialiter convenerit. Decepti sunt, qui contra senserunt. Primum similitudine istarum rerum, quæ illis esse videbatur, quæ tamen nulla est, ut ostendi: deinde quod apud Ulpianum legerant eum, qui in rem conservandam pecuniam credidisset, cæteris creditoribus esse potiorem, quibus eadem res prius obligata erat: & nominatim exempla addita sunt de eo, qui ad armandam navem, vel reficiendam credidit: *L. interdum cum L.* seq. *inf. qui pot. in pigno. hab.* quasi diceret Ulpianus hunc quoque tacite navem obligatam habere: quem dixerat in ea nave cæteris, quanvis prioribus esse potiorem, quia non possit esse potior in nave, nisi etiam sit illi obligata. Quod profecto ab illis male colligitur. Hoc enim sic accipiendum est; eum cæteris esse potiorem in pignore, si modo etiam res illa pignori obligata sit. Neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori: sed ex iis, quibus obligata est diversis temporibus, quis sit potior, quæritur. Ille igitur erit, qui ad eam reficiendam, aut extruendam pecuniam credidit, quanvis posterior crediderit, dummodo illud prius supponatur, huic quoque fuisse obligatam, quod fit aperta conventione. Huius rei certissimum argumentum est, quod Iustinianus de hoc privilegio loquens eorum, qui ad rem conservandam pecuniam crediderunt, cum eos quanvis tempore posteriores, antiquioribus creditoribus præferri dixisset; nominatim eum in hoc numero citavit cuius pecunia ager, vel aliud quidvis emptum esset. *Novella 97. de æqualit. do. §. his consequens*. Num ergo inde colligimus ex cuius pecunia ager emptus est; ei agrum emptum pignori obligatum esse? Minime, ut arbitror. Certi enim iuris est, nisi specialiter, vel generaliter is obligatus sit, pecuniæ numerationem agrum in caussam pignoris non deduxisse. *d. L. quanvis 17. C. de pigno.* Ex quo intelligi debet, nec in cæteris rebus id colligi ex illis locis posse, eum de omnibus eodem modo, ut de agro aliena pecunia empto loquatur.

XIX. In hoc Senatusconsulto notandum est, quod Senatusconsultum de eo, qui ad refectionem extructionemque ædificii credidit, loquitur. Unde colligitur, ut si quis ad ædes emendas pecuniam crediderit, quæ res ad conservationem, & refectionem ædium nihil pertinet, is ædes pignori obligatas non habeat, quia ad conservationem ædificii, & ad ruinas prohibendas, id est, ad utilitatem publicam nihil contulerit, propter quam caussam pignus insulæ ei, qui ad eam reficiendam credidit, datum est. CAP.

C A P. V.

De prætorio pignore, & quibus in caussis pignus a magistratu constituatur.

Transitio, & ordo. I.
Pignus prætorium duplex; alterum in caussa iudicati; quale hoc, & cur prætorium, non iudiciale vocetur. II. III.
Alterum, cum quis ex una aliqua caussa est in possessionem missus a magistratu. IV.
Quid prætorium pignus a legitimo & conventionali differat. V.

I. EXpositæ sunt breviter eæ caussæ, in quibus pignus lege tacite contrahitur, quod pignus tacitum dicimus. Alterum genus erat pignoris, quod appellamus constitutum, quia non per se quasi nascitur sine alia conventione, sed aliena voluntate, & iussu constituitur. In quo illud primum est, quod a magistratu datur, indeque prætorium appellatur, de quo dicendum est.

II. Pignus magistratus iussu duabus in caussis datur. Unum genus est ex caussa iudicati. Est enim hic ordo iuris: si condemnatus intra id tempus, quod iudicatis datur, pecuniam non solvit: eius bona capi iubentur, ac distrahi: unde iudicatis satisfiat. Quæ cum capta, & occupata sunt eo ordine, quo ius fieri præcepit, tum iure pignoris teneri intelliguntur, non aliter, quam cæteræ res quæ debitoris voluntate sunt obligatæ: de quo Titulus in Codice Iustiniani, *si in caussa indicati pignus captum sit*.

III. Hoc genus quidam iudiciale vocant a iudicio, quod eius confirmandi caussa constituitur, non male fortassis, sed tamen hæc omnia quæ a magistratu dantur, Iustinianus prætoria appellat. *in d. L. ul. C. de præ. pigno.* Quod est melius ne eum iudiciale hoc pignus diei audimus, existimemus ideo ita dici, quia a iudice detur in iudicio. Quod non ita est. Nunquam enim in caussa iudicati pignora capiuntur iussu iudicis. Quid enim si iudex datus sit? sed a magistratu tantum, sive is iudicaverit, sive iudicem dederit, iudicibus enim a prætore datis, non iudices, qui iudicaverunt, sed prætor, cæterique magistratus, qui eos dederunt, sententiam exequuntur. *L. a Divo Pio, D. de re indic.* Unde a prætore rectius prætorium appellatur: quia ex officio eius hoc quoque proficiscitur.

IV. Alterum genus prætorii pignoris in his caussis cernitur, ex quibus in possessionem quis a magistratu mitti solet. *L. non est mirum, de pig. act.* Has autem caussas complures esse constat, ut rei servandæ caussa, ut legatorum, seu fideicommissorum servandorum gratia & ventris nomine, & quæ sunt eiusdem generis, quæ ex suis locis petendæ sunt, vide *L. 1.* & titulum, *quib. ex caus. in poss. eat.* Utrunque hoc genus pignoris prætorii, & caussas, ex quibus constituatur, indicavit rescripto quodam suo Antoninus Imperator quod extat sub *titu. C. qui potior. in pign. hab.* Cuius verba hæc sunt. *Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hæreditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam iudicati eiusdem fundi pignus occupavit, eius iussu, qui iure sententiam exequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet iure, qui prævenit.*

V. Inter pignus hoc prætorium & cætera, quæ aut lege tacite dantur, aut conventione, hoc interest, quod illa simul atque obligatio subest, aut de pignore convenit, creditori obligantur, etiam si nunquam res in manus, & possessionem creditoris venerit. Quod autem a magistratu datur, non alias constituitur, nisi in possessionem ventum fuerit, quibus ex caussis in possessionem missi sumus, aut res ex caussa iudicati capta, & occupata sit. *L. non est mirum. D. de pig. act. L. 2. C. qui pot. in pign. & titu. C. si in cau. iud. pign. capt.* Ex quo eveniet, ut si forte decreta sit a magistratu missio in possessionem, aut pignorum captio, prius autem quam res occupatæ sint, distractæ fuerint a debitore, non detur earum nomine creditori persecutio, quia pignus ante constitutum non fuerit, quæ tamen futura est, tum cum in possessionem ventum erit, si creditor earum rerum possessione exciderit. De quo extat Iustiniani constitutio. *L. 2. C. de præto. pig.*

C A P. VI.

De pignore conventionali, & de conventione, quæ in eo contrahendo necessaria est.

Continuatio. Pignus ex domini voluntate constituitur testamento vel conventione. I.

In posteriore totum efficit consensus; quid huic rei consequens. II.

Consensus hic quomodo explicatur rebus & factis. III.

Conventio de pignore aut specialis aut generalis: quid utraque. IV.

Quid rerum in utraque contineatur æstimari ex verbis. V. & seqq.

Quid sit in speciali comprehensum quatenus ex ipsa vi & usu verborum intelligatur. VI.

Quæ accesserint comprehensis nominatim, & quæ inde nata in pignoris obligationem venire. VI. VII. VIII.

Generali constituta hypotheca res omnes quas quis habet, obligari. IX.

Immo & res quas quis habiturus erit obligari possunt. X.

An qui res suas, *vel* sua bona *pignori obligare se dixit, præsentia comprehendat tantummodo, an etiam futura.* XI.

Quæ tacite excepta intelligantur ex obligatione earum rerum quas quis habet, & habiturus erit. XII.

Nullum esse pignus earum rerum quæ nec sunt specialiter, nec generaliter obligatæ. XIII.

Exceptio doli mali datur creditori adversus debitorem suam rem petentem; quando, & quibus in caussis. XIV.

Aditus ad Cap. seq. XV.

I. CUM neqoe lege pignus datom erit, neque iussu magistratus constitutum, restat ut voluntate Domini in ea re opus sit, sive debitoris sit, sive alius, ot res pignori obligetur, ex quo alterum genus nascitur pignoris constituti, de quo deinceps nobis cognoscendum est. Domini voluntate pignus constituitur testamento, aut conventione. Nam & testamento pignus constitui posse Ulpianus testis est in *L. non est mirum, de pignorat. actio.*

II. Sine testamento nuda conventione pignus contrahitur iure honorario, cum quis paciscitur, ut res eius propter aliquam obligationem sint pignori obligatæ. *L. 4. de pign. L. si tibi decem, §. de pignore, de pact.* In quo si quam vim habeat, quod dicitur consensu contrahi, intelligemus facile, quæ huic rei consequentia sint, de quibos sub his titulis multa videbimus. Est autem de hoc genere ita scriptum apud Iustinianum sub titulo *de obligation.* ex consensu. *Ideo*, inquit, de obligationibus, quæ consensu contrahuntur, loquens, *istis modis dicitur consensu obligatio contrahi, quia neque scriptura*, ut in literarum obligatione, *neque præsentia*, ut in stipulatione *opus sit: ac nec dari quicquam necesse sit, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficiat eos, qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per Epistolam, vel per nuntium.* Cum pignus eodem modo contrahi dicamus, necesse est nimirum eadem in hoc quoque genere intelligi. Sequitur igitur, ut rem tradi necesse non sit, quam pignori obligatam velimus, *L. 1. de pign. act.* sequitor, ut inter absentes recte contrahatur. *L. creditor prædia, D. de pign.* Nec scriptura desiderabitur, *d. L. 4. L. tabernam, §. 1. eod. tit.*

III. Et quoniam non solum verbis voluntas cuiusque & consensus declarator, sed etiam rebus ipsis, & factis. *L. 2. de pactis L. de quibus, D. de legib.* nihil intererit ad pignoris obligationem, utrum quis de pignore dando verbis convenerit, an re aliqua, & facto obligationi rei suæ se consentire ostenderit, ut de eo responsom est, qui postulante debitore chirographum præscripsit sua manu nomine debitoris, quo continebatur, illum pecuniam accepisse a Septitio, & simul convenisse, ut Septitio creditori res pignori esset, quæ dantis non erat, sed eius, qui chirographum scripserat. *L. fideiussor, §. 1. de pignor.* Huc pertinet illa Martiani coniectura, interpretantis, si quis fideiubeat, eum res illius a debitore, pro quo fideiussit pignori data sit, intelligi hoc ipso, quod fideiussit, mandare, res suas obligatas esse. *L. Pom-*

Pomponius, §. 1. *in quib. cau. pign. vel hypoth. contr.* In quo coniectura voluntatis ex comparatione maiorum ducta est. Nam qui seipsum pro alio obligat, multo magis res suas, quæ ab eodem oppigneratæ sunt, obligatas esse patietur. Idque se velle sequenti facto declaravit. Unde recte ait Martianus; *si aute quis fideiubeat, post deinde eius res hypothecæ sint datæ, non idem dicendum esse, quia scilicet nullum factum Domini post pignoris dationem secutum est, unde illum eam obligationem probare constaret.*

IV. Conventio de pignore duplex est, specialis & generalis. Specialis cum specialiter, & nominatim certæ res pignori opponuntur. Generalis, cum sine ulla rerum notatione, generaliter res omnes obligantur, quas quis habet, aut quas habiturus est. *L.* 1. *L. & quæ*, §. 1. *de pig. L.* 2. *C. eod. tit.* Quid utraque conventione contineatur quæritur. Nam ad quas res conventio pertinebit, eas obligatas esse necesse est. In quo de verborum vi omnia prope quæstio est. Illæ enim res pignori erunt, quæ verbis demonstrantur.

V. Et quidem cum specialiter res quædam pignori obligatæ sunt, hoc solum quærendum est, quæ res conventione comprehensæ sint. Nam hæc sine dubio pignori futuræ sunt, non aliter. Ex quo illud est, quod Papinianus scripsit, *L.* 1. §. 1. *de pignor.* servo pignori dato, creditorem peculium eius nullo iure distrahere. Quippe peculium, servi appellatione non continetur, multoque minus servi pars intelligitur. Ista ratione cum prædia, & mancipia, quæ tum in prædio erant, debitor pignori dedisset, atque illis defunctis alia in demortuorum locum substituisset, quamvis videri possent hæc, quæ substituta sunt, defunctorum loco esse, tamen non esse obligata creditori Modestinus respondit. *L. fideiussor, de pign.* Recte, quia hæc non illa essent, quæ pignori erant obligata. Sed diligenter, quæ cuiusque rei appellatio sit, considerandum est. Sæpe enim fit, ut quæ res ab initio datæ non videntur, quia tum non essent, postea cum accesserint, in obligationem veniant, quia vi nominis eius, quod dictum est, contineantur. Unde grege pignori obligato, tametsi alicui videri possunt ea sola capita obligata esse, quæ quo tempore grex obligatus est, in grege fuerunt, tamen & quæ postea nascentur, & alia omnia, quæ in locum demortuorum capitum substituta fuerint, pignori tenebuntur. De quibus tamen nihil nec specialiter, nec generaliter convenisse videtur. *L. grege*, in princ. *de pigno.* Huc ut respondeamus: vis verbi intellecta, & animadversa facit. Grex enim est obligatus, non singula corpora, quæ tum erant, cum de pignore convenit. At quamvis totus grex renovatus fuerit, paulatim alias oves aliis substituendo, tamen dum renovatus sit modo, grex idem, idem corpus esse intelligitur, quod prius fuerat. *arg. L. proponebatur, de iudic.* Igitur & quæ postea substituta sunt, pignori erunt: Grex enim ut dixi, non singula corpora obligata sunt. Neque contrarium est, quod de mancipiis in aliorum, quæ obligata erant, locum substitutis diximus. Grex enim & aliis novis capitibus substitutis semper idem est. Mancipia vero morte esse desinunt, nec possunt dici, quæ substituuntur, illa esse, quæ prius fuerant. Huc referri debet, quod de taberna scripsit Scævola, *L. Tabernam, de pig.* si taberna pignori data sit, merces, quæ taberna continentur, ibique exercentur, pignori oppositas videri. Sic enim usitata figura metonymia tabernam, id est, locum ubi exercentur merces, pro eo, quod continetur, dicimus. Et universitas cum intelligatur data rerum ad negotiationem pertinentium, quæ assiduam commutationem recipiunt, non quæ nunc sunt merces, erunt pignori, aut quæ postea, sed quæ tunc reperientur, cum pignus creditor persequetur. Ita non quid tunc fuerit, cum res pignori dabatur, sed quid verbi appellatio complectatur, spectandum est.

VI. Sed cum dixerimus, in speciali conventione nihil, nisi, quod specialiter comprehensum est, contineri, tamen sciendum est, cum quid datum est, per consequentiam etiam illa, quæ ei rei postea accesserint, item quæ inde nata, profectave fuerint in obligationem pignoris venire.

VII. Prioris generis est, si quid fundo per alluvionem accessit, *L. si fundus, D. de pig.* si cum nuda proprietas pignori data esset, ususfructus proprietati accrevit. *L. si convenerit*, §. *si nuda*, infr. *de pig. act.* Item si area pignori obligata, aut novum aliquod ædificium areæ impositum, aut veteri destructo aliud restitutum fuerit. *L. si fundus*, §. *si res. L. ul. de pig. L. domo, de pig. act.* Quæ omnia pignoris caussam sequentur. Atqui nihil horum, quæ secuta sunt, pignori obligatum est. Nihil, sed non ideo hæc obligantur, quia quicquam de his convenerit, sed quod ab illis trahantur. Cum enim totum pignori datum sit, & totum

fine partibus suis esse non possit, necesse est, eas res, quæ postea accesserint, pignori quoque esse, quo eius rei, quæ data est, partes esse cœperunt. Non est autem incerti iuris, & usumfructum amissum sequi proprietatem, & quod solo impositum est, solo cedere, sic ut soli & areæ pars esse incipiat. §. 1. *Instit. de usufru. L. adeo*, §. *cum in suo, de acq. rer. dom.* Adeoque ædificium, quod areæ obligatæ impositum est, pignoris caussam sequitur, ut quanvis non apud debitorem, sed apud alium, cui area vendita est, impositum sit, pignori tamen obligetur, recteque una cum area, quæ cum sua caussa distracta est, a creditore vindicetur. Sic tamen, ut non aliter possessor, si bonæ fidei possessor est, cogatur creditori ædificium restituere, quam sumptus in extructionem erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipiat. *L. Paulus*, §. *domus, de pign.* Quod ei emptori tributum non est, qui scivit re alii esse obligatam, quam emebat. Hic enim cum sciret rem ab alio evinci posse, est, quod sibi imputet, si, cum posset, & deberet diligentius sibi a venditore cavere, non fecerit. *L. cum postulassem*, § 1. *de damn. infect.* Sed cur hæc in usufructu areæ, aut domus constituto secus observantur? Tantum enim abest, ut novo ædificio areæ, cuius ususfructus legatus est, imposito, aut alio restituto, huius quoque ususfructus accedat, ut etiam areæ ususfructus, qui ante fuerat, extinguatur. *L. repeti, quib. mod. usuf. amit.* Non iniuria hoc de usufructu respondetur. Ususfructus enim non rei interitu, sed mutatione amittitur. *d. L. repeti.* Rei autem mutatio ad formam pertinet, ut si aliam formam, & nomen res nacta sit, dicendum sit eius usumfructum amitti, quia mutata est, etiam si corpus idem, & substantia maneat. Porro ædificio areæ imposito, non iam area est, sed domus, & cum aliud ædificium restituitur, non id est, quod prius fuerat. In pignore vero, & cæteris rebus amittendis, res ipsas videlicet naturaliter spectamus, ut quandiu id corpus manebit, quod obligatum est pignori, pignus natura manere necesse sit, ob eamque caussam quicquid deinde ei impositum fuerit, eius caussam sequatur. Itaque hoc aliter in usufructu receptum est non naturali rei interpretatione, sed constituto iure. Idque ita constitutum est, quod facilius ususfructus ad proprietatem rediret, ne inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu. §. 1. *Insti. de usufr.*

VIII. Posterioris generis sunt ancillarum partus, pecorum fœtus, fructus prædiorum: quæ cum ex rebus obligatis nata sint, omnia, pignoris quoque caussam sequi diximus, quanvis de iis specialiter nihil convenerit. *L. Paulus*, §. 1. *L. fideiussor*, §. *ult. de pigno.* Quod fit eadem illa ratione, scilicet quam ante exposuimus: quia hæc aliquando, cum in utero essent, eiusdem corporis pars fuerunt: unde eius quoque rei ius sequuntur. Extat in hanc sententiam Titulus, in Codice, *de partu pignorum*. Sed quod diximus, nata teneri, sic Paulus accipiendum esse docet, si ad eum qui obligavit, hæredemve eius, dominium eorum pervenit. *Cæterum*, inquit, *si apud alium pepererint, non erunt obligata, d. L. Paulus*, §. 1. *de pign.* Quod ait, *si apud alium dominum pepererint*, recte Accursius sic accepit, si & pepererint; & apud eundem conceperint. Sic enim fit, ut nunquam debitoris fuisse ea, quæ nata sunt, intelligantur. Unde nec pignori esse possunt, utpote ab eo data, cuius in bonis nunquam fuerint. Idque testatur Papinianus in *L.* 1. §. *cum prædium*, hoc *tit. de pign.* Caius in *L. potior*, §. *si de futura, infr. qui po. in pig.* Quod si animalia apud debitorem conceperint, etiam si vendantur, ac deinde post venditionem apud emptorem pariant, ea, quæ nata erunt, pignori futura sunt. Hoc enim modo certum est, ea aliquando debitoris fuisse, saltem quo tempore in utero erant: tunc enim eiusdem corporis, & substantiæ pars erant: ut diximus. Quod ipsum & de fructibus pendentibus respondetur. *L. fructus, de rei vind.* Unde evenit, ut si post res alienetur, & illa in lucem prodeant, una cum sua caussa res alienetur. Et hoc est sine dubio, quod Ulpianus sensit etsi non plane expressit, in *L. si convenerit*, §. *si fundus, de pignora. action.* cum ait. *Si fundus pignoratus venierit, manere caussam pignoris, quia cum sua caussa pignus transeat, sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus est*. Quibus verbis declarat manifeste, loqui se de ea re, quæ ante, quam venderetur, obligata fuit. Nam quomodo cum sua caussa, id est, obligatione, & nexu pignoris transire potest, quæ ante obligata non est? Quæ vero nec nata, nec concepta sunt apud debitorem ea a debitore antea obligari qui potuerunt? Hoc loco exoritur dubitatio. Cur enim si dominium eorum, quæ post venditionem nata sunt, ad emptorem pervenit, ea obligata non sunt, cum ex corpore

pro-

Digitized by Google

profecta sint, indeque accesserint, ea autem, quæ inædificantur, etiam si extruantur apud emptorem pignori tamen sunt, quanvis ea in dominium debitoris nunquam pervenerint? Et differentiæ ratio illa est, quod ædificium, quandiu constat, areæ cohæret, eiusque pars esse intelligitur; ideoque cum area adhuc obligata ait, quia cum sua caussa transiit; necesse est, ædificium, quod ei adiungitur, eius quoque caussam sequi. Ab eo enim trahitur. Per consequentiam igitur & accessionem rei hoc fit. Quod autem ex re natum est, nec iam eius rei pars est, nec ei cohæret, quare nec pignori erit. Nam & ædificium si sublatum esset: sola area pignori maneret, non ædificium, quod in area non est. Ac de speciali pignoris conventione satis.

IX. Quod ad generalem attinet, hic quoque, quid ea contineatur ex verbis iudicandum est. Et certum est, qui res suas pignori dedit generaliter, orationis compendio res omnes, quascunque tunc habet, dixisse intelligi. Erunt igitur omnes tam obligatæ, quam si specialiter singulas enumerasset. Nec dubium est, quin si quis adiecerit, & quas habiturus est, eæ quoque omnes quæ post illi obvenerint, verbis contineantur.

X. Sed prima quæstio est, an etiam ea, quæ quis postea habiturus est, iure obligare potuerit, de quo inter veteres Iurisconsultos dubitandum est; nec sine caussa. Nam si specialiter res aliena obligari non potest, ut postea dicemus, ne generaliter quidem videtur obligari posse. Quod tamen tunc fit cum quis eas obligat, quas habiturus est. Tunc enim, cum dat, sunt alienæ. Sed tandem & hæc quoque de rebus futuris conventio recepta est, ut Papinianus testatur in *L. 1.* hic. *Conventio*, inquit, *generalis in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum*, id est, etiam postea quæsitorum *recepta est*. *In speciem autem alienæ rei* non item utiliter conventio conferri potest. Ait ergo, conventionem generalem de pignore bonorum etiam postea quæsitorum receptam esse, cum de rebus iam quæsitis, non dubitaretur, quin generaliter obligari possent, sed de postea quæsitis, quæ nunc debitoris non essent. Nec ratio differentiæ in obscuro est. Aliena enim res cum specialiter pignori datur, pure datur, quod fieri non potest. Cum autem quis obligat res, quas habiturus est, obligat quidem alienas, sed ea conditione, si modo habebit. Hoc enim casu obligatæ erunt, si erunt postea quæsitæ. Quæ si non acquirentur, non erunt pignori. Sic & qui Stichum legat hoc modo, Stichum, qui meus erit, cum moriar, hanc conditionem dicere intelligitur, si modo Stichus meus erit, facitque omnino legatum conditionale. Res autem aliena etiam specialiter sub conditione pignori recte datur, cum mea erit. *L. si fundus*, *§. aliena*, *hoc tit.* Quo fit ut possit generaliter eadem conditione. Hoc ergo intellectu res quoque futuras, ac non tantum præsentes obligari posse dubitari non debet, qui utrasque verbis nominatim complexus est, quin, eius omnia bona quæcunque sunt & undecunque quæsita, pignori futura sint. *L. Paulus*, *§. ultimo*. *L. pen. §. ulti. de pignor.* Modo ne alia tamen contineri putemus, quam quæ a debitore quæsita sunt, non etiam quæ eo mortuo ab herede eius: hoc enim verba conventionis faciunt, quæ habeo, quæque habiturus sum, *d. L. Paulus*, in prin. *tit.*

XI. Quod si quis res suas tantum dixit, aut bona sua, quæstionem afferre potuit, utrum de rebus tantum præsentibus senserit, an etiam de iis, quas postea acquisiit. Et extat Iustiniani constitutio nominatim de hac re scripta, *L. ult. C. quæ res pig. obl. poss.* qua cautum est, his verbis; Res meæ, bona mea, non solum præsentia, sed etiam futura contineri. Cui congruit, quod Pomponius in hac servitute, ne luminibus officiatur, scribit, ambiguam esse hanc scripturam, utrumne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam iis, quæ postea fuerint, humanius tamen esse verbo generali omne lumen significari, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit? *L. si servitus*, *D. de ser. urb. præd.*

XII. Sed quanquam verbis generalis conventionis rerum, quas quis habet, habiturusve est, res omnes continentur; voluntate tamen debitoris tacite quædam excipiuntur, ut docet Ulpianus. *L. obligatione*, *D. de pign. Non enim ea continebuntur*, inquit, *quæ verisimile est quemquam obligaturum non fuisse*, ut hic, tametsi verba generalia sint, tamen quia res est, quæ ex consensu valet, ratio voluntatis ante omnia habeatur, ne sint ea res obligatæ, de quibus debitor non senserit. Quarum duo genera ponit; unum earum quas in usu quotidiano, aut necessario habet, euiusmodi sunt supellex, vestis, & quæ mancipia, aut iumenta eodem usu habentur. Alterum earum, quæ ad affectionem eius pertinent, qualis est concubina, filii naturales, alumni. Illa, ut appa-

apparet, quia iis debitor carere non potuit; hæc, quia noluit. Quæ omnia non tantum si postea quæsita fuerint, obligatione non continebuntur, sed ne si ea quidem debitor habuerit, quo tempore pacifcebatur: *L.* 9. seq.

XIII. Ex his, quæ de conventione hactenus diximus, perspicuum est, nisi quid de pignore dando vel specialiter, vel generaliter convenerit, nullum esse pignus, eoque nullam rem debitoris creditori pignoris iure teneri. Adeo, ut Aristo responderit, etiam si sequens creditor ita cum debitore contraxerit; ut ex ea pecunia, quam dabit antecedens, cui res aliqua obligata erat, dimitteretur, idque secutum sit, non aliter in ius pignoris succedere, quam si convenerit; ut sibi eadem res obligata esset; neque enim in ius pignoris succedere debere, qui ipse nihil convenit de pignore. *L. Aristo. D. quæ res pign. hypot. dat. oblig. pos.* Quod si verum est, non modo non poterit creditor ullam rem debitoris vindicare, quæ pignori data non sit; sed ne retinere quidem si quo casu forte ad eum pervenerit. Quod rescriptis quibusdam aperte demonstratur, *L. si non inducta, C. in quib. caussis pig. vel hyp. tac. cont.*

XIV. Plane exceptio doli mali interdum creditori datur adversus debitorem rem suam petentem, si quod debet, paratus non sit solvere. Idque in bis causis observatur. Primum si creditor, qui eam rem habet, ad eam rem accipiendam pecuniam impendit, dum pecuniam creditori solvit nomine absentis debitoris, quo eam rem ab illo liberaret. *L.* 1. in prin. *quibus modis pig. vel hypothe. solvat.* Neque hoc in hac caula tantum, sed in omnibus aliis similibus generaliter receptum est; ut qui rem alienam possidet, quod in eam rem bona fide impenderit, id per retentionem eius rei consequatur. Id quidem certo in omnibus in rem actionibus locum habet. *L. in fundo. L. sumptus, D. de rei vind. L. plane, D de petit. here.* Deinde si propter eam rem, quam habet creditor, pecuniam dedit, quæ ad debitorem pervenerit, non aliter crediturus. Finge enim procuratorem citra domini voluntatem rem eius pignori dedisse, quod facere non potuit, ac postea creditoris pecuniam in rem domini versam esse: Improbe dominus rem suam sibi a creditore reddi postulet, cum pecuniam ob eam rem acceperit, eaque utatur, quam ipse nolit reddere: quippe qui ab alio exigat, quod ipse non præstet; de quo extat Severi & Antonini rescriptum in *L.* 1. *C. si aliena res.* Postremo & in hac specie per exceptionem doli sine pignoris conventione rem debitoris retineri posse a Gordiano rescriptum est, si quis pecuniam accepto pignore credidit, idem aliam sine pignore dedit. Hoc enim casu si creditor rem possidebit, non tantum in eam summam, in quam pignus ab initio datum est, retineri potest: sed etiam in eam, quæ sine pignore data est, quæ chirographaria dicitur ob id, quod chirographo tantum cavetur, ad differentiam eius, quæ pignore cauta est. Extat titulus in Codice in hæc verba. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* Quod rescriptum tunc locum habere videtur cum primo pecunia credita est, in quam pignus datum est, mox alia pecunia sine pignore. Cæterum si eodem tempore plures summæ creditæ fuerunt, & nominatim convenit, ut in unam aliquam res pignori esset, dicendum est soluta ea summa, in quam pignus obstrictum est, pignoratitiam competere: idque Ulpianus respondit. *L. solutum, §. si in sortem D. de pig. acti.* Nam qui cum sciret plures esse summas, in unam pignus obligavit, cæteras excepisse videtur. Hæ sunt quidem caussæ, in quibus res debitoris retineri per exceptionem possit. Sed non fieri id pignoris iure, verum ea exceptione tantum, quæ debitori dolo facienti opponatur, iudicio erit, quod si alii creditores, quibus eadem res pignori sit, rem vindicent, nullam hoc casu adversus eos retentionem possessor, idemque creditor sit habiturus. *L. unica*, in fine *C. etiam ob chirogr. pec.* Unde intelligitur, quam illud verum sit, quod posuimus, ubi de pignore non convenerit: rem iure pignoris teneri non posse. Sed conventio sola non sufficit.

XV. Ad pignoris obligationem etiam is requiritur, qui rem iure potuit obligare, item res quæ possit obligari. Nam neque omnes res pignori dari possunt, neque a quibuslibet. Id etsi ad universi generis quæstionem de iure cuiusque in rebus transferendis, deque rebus, quæ in commerciis hominum sunt, pertinere maxime intelligo; tamen quia pleraque sunt in hoc genere pignorum propria, & ad varios iuris locos, qui in hac quæstione nonnullam lucem desiderant, intelligendos pertinet, quid de his quoque tenendum sit, id est, qui quas res obligare possint, dicendum est.

CAP.

C A P. VII.

Quæ res, a quibus obligari possint.

Rem pignori obligare potest dominus, aut alius eius voluntate & mandato. I.
Ideo & procurator, si tamen dominus in ea re idem esset facturus. II.
Item servus & filiusfamilias, cum agunt rem peculiarem. III.
Item actor civitatis, si in rem civitatis id faciat. IV.
Immo & sine mandato alius a domino rem huius pignori recte obligat, si ipse ratum habeat. V.
Potest & ille obligare rem pignori qui pro domino habetur ideoque tutor, & curator; & hi quatenus. VI.
Nec ipse dominus rem suam pignori recte obligat, si ei bonis est interdictum. VII.
Pignori obligari nequeunt res sacræ, res sanctæ, & religiosæ aut homo liber. VIII.
Item alienæ IX.
An rei alienæ pignus, dominio postea debitori quæsito, convalescat; & quando directa sit in rem actio creditori. X. XI.
Et quando utilis. XII. XIII.
Contrariis occurritur. XIV. XV. XVI.
Et quando eius rei sit possidenti creditori retentio, & adversus quem. XVII.
Exponitur L. cum vitiose 25. D. de pignor. & hypothec. XVIII.
An cum pignori danti rem alienam debitori heres extitit illius rei dominus, teneatur hic creditori pignoratitia utili vel contraria. XIX.
Exponitur L. si Titio, 22. D. de pign. & hypoth. XX.

I. Si verum est, quod regula iuris traditur, neminem plus iuris in alium transferre, quam ipse habeat; *L. nemo, de reg. iur.* consentaneum est, neminem aliam rem pignori obligare, posse quam qui de ea re iure suo statuere potest. Recte igitur edicto de Serviana actione cautum est, ut is solus rem pignori obligare possit, cuius in bonis res fuerit. *L. qui prædium, C. si. alie. res pig. data sit.* Quod tamen si verum est, etiam ex voluntate eius alius dare poterit, quamvis in bonis eius non fuerit. Nam cum domini voluntatem, & factum exigimus, nihil interest, ipse dominus fecerit, an alius eius voluntate. *L. solutum, §. solutam, de pig. actio. L. restituta, ad Trebell.*

II. Cui iam illa consequentia sunt; ut procurator rem domini recte pignori obliget, sive ei specialiter hoc mandatum est, ut facere, sive universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. *L. solutum, § ulti. cum L.* seq. *D. de pignor. act.* Nam cui generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est, quasi ei de singulis specialiter mandatum esset, modo ea res sit, quam Dominus esset facturus. Neque enim generali oratione concedere videtur Dominus, quod specialiter non permitteret, nec specialiter id permitteret, quod ipse non faceret. Unde recte addidimus ab eo procuratore rem obligari, cui administratio concessa est, si modo is esset Dominus, qui pecunias eodem modo accipere soleret.

III. Hac ratione & servus, & filiusfamilias, quibus libera peculii administratio concessa est, rem peculiarem recte dabunt, quamvis Domini sit, aut patris. Ex ea enim potestate id faciunt, quam a dominis acceperunt, *L. si convenerit, §. ult. cum L.* seq. *D. de pign. actio.* Quod sic accipiendum est, si modo ea faciant, quæ ad administrationem pertinebunt; id est, si rem peculiarem gerant. *L. 1 §. 1.* infra, *D. quæ res pig. obl. poss.*

IV. Hac ratione actor civitatis, qui Reipub. bona iure administrat (administrat autem iure, qui ab omnibus decurionibus, aut maioris partis decreto datus est) *L. 3. quod cuiusque univer. no.* si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem eius recta obligat. *L. si is qui.* in prin. *D. de pign.* Nempe ex civitatis eiusdemque dominæ voluntate. Rebus enim publicis dum præficitur, generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad Remp. & administrationem rerum ad eam per-

pertinentium spectant. Unde adieci, si mutuam pecuniam pro ea accipiat; id est, si in rem civitatis id faciant.

V. Sed etsi domino ignorante, nec mandante res pignori data sit: si tamen post ratum habuerit, pignus valebit. *L. alienam D. de pig.* Quo casu observandum erit, quod Martianus scribit, hoc ipso, quod Dominus ratum habet; voluisse eum retro recurrere ad illud tempus, quo convenit. *L. si fundus*, §. 1. *de pig.* Huc referri debet responsum Ulpiani in *L. si inter. D* de pigno. *Si inter colonum*, inquit, *& procuratorem meum convenerit de pignore, vel ratum habente me conventionem, vel mandante, quasi inter me & colonum meum convenisse videtur.* Sentit Ulpianus inter colonum, & procuratorem convenisse, non de pignore mihi dando a colono (Neque enim actionem mihi procurator meus, id est, libera persona, acquirere potuit vel authore Paulo in *L. solutum*, §. *liberam, de pig. act*) sed de re mea pignori danda colono meo ad cautionem earum rerum, quas illi ex conducto praestare debeo? ut sit dubitatio, an si ego eam procuratoris mei conventionem postea ratam habuero, perinde haberi debeat, quasi inter me, & colonum convenisset. Nam si convenisset, statim res illi esset obligata mea voluntate. Et ait Ulpianus quasi inter me, & colonum videri convenisse.

VI. Pro domino autem habentur tutores, itemque curatores, quibus in caussis pupilli, & minorum res gerunt. *L. qui tutelam, D. de admin. tut.* Quo fit, ut tutor, quod lege refragante non fiat, (Nam legibus nec res immobiles, nec mobiles, quae servando servari possunt, sine decreto alienari, obligarive possunt.) *L. lex, quae tutores, C. de admi. tut.* si in rem pupilli pecuniam accipiat (hoc enim modo pupilli rem gerit) rem pupilli utiliter det pignori. Idemque in curatore adolescentis, vel furiosi dicendum est. *L. tutor D. de pig. actio.*

VII. Illi quidem domini hoc loco excipiendi sunt, quibus rem alienare non licet. In universum enim prohibita rei alienatione etiam pignoris datio prohibita intelligitur, quoniam ex hac re illud sequitur. *L. ult. C. de rebus alien. non alie.* Omnibus autem rerum alienatione interdictum est, qui in aliena potestate sunt, nisi eorum authoritas accesserit, quorum sunt in potestate. Ideo enim alii adhibentur, a quibus regantur, ut sicubi opus sit, illi fiant authores.

VIII. Cum ius eiusmodi sit, ut res ab eo, cuius in bonis non est, sine domini aut eius, qui pro domino habeatur, voluntate obligari non possit, perspicuum est, inutiliter obligari primum eas, quae nullius in bonis sunt, cuius generis sunt sacrae, religiosae, publicae, liber homo. *L. 3. L. qui filios, C. quae res pig. obl. poss.*

IX. Proximo loco, quae in bonis quidem sunt, sed non in obligantis bonis, id est, alienas. Ac superioris quidem generis res sic inutiliter pignori dantur, ut quanvis res sacra, profana, aut publica, privata, aut ex libero servus factus sit, nihilo secius tamen convalescat pignus: quia de ea re pactio interposita sit, cuius rei commercium omnino non erat, *argum. L. inter*, §. *sacram, de ver. ob.* §. 1. *instit. de inut. stip.*

X. Quod autem ad res alienas attinet, sane quidem quandiu in eadem conditione sunt, non obligari eas constat. Sed quoniam non sunt res eiusmodi, quarum commercium nullum sit, ut de iis pacisci nullo modo licuerit: hoc loco quaesitum est, si forte conditio mutata sit ut debitor alienae rei dominus esse inciperet, au quia res in eam caussam redit, a qua incipere poterat, confirmetur pignus, dandaque sit creditori eius rei persecutio. De qua re non parva quaestio est. Nam si illud solum impediebat, quo minus res vindicari posset, quod aliena pignori data erat, hoc iam impedimentum sublatum est. Quod si ad pignoris obligationem haec solum requiruntur, ut & de pignore convenerit, & res, quae datur, sit in bonis obligantis. Haec omnia iam occurrunt, postquam dominium debitori quaesitum est. Rursum haec impedire videntur: Primum, quod regula iuris traditum est, quod ab initio non valuit, tractu temporis non convalescere. Deinde quod ius de Serviana actione ita constitutum est, ut rem oporteat in bonis eius esse, qui eam obligat, si quidem recte constitutum pignus velimus. Diocletianus & Maximianus Imperatores sub *tit. si res aliena. L. quae praedium. Quae praedium*, aiunt *in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis pignoratitio contrario obligat indicio, quam quicquam dominis noceat, cum & Serviana actio declaret evidenter iure pignoris rem teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerit.* Unde & Caius testatur vulgo dici, *creditorem*, qui quasi Serviana agit, *probare debere cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*

fuisse. *L. Et quæ nondum*, *§. 1. de pign.*

XI. In hac re sic habendum est: Si res aliqua sub conditione detur, si debitoris facta sit, utiliter dari ad hoc, ut dominio debitori quæsito ex conditione creditori obligetur. *L. si fundus*, *§. aliena*, *de pig.* Hoc enim modo, qui rem obligat, non tam alienam obligat quam suam; quia hac conditione obligat, cum sua erit. Et omnino ut rem nostram stipulari non possumus, quia iam satis nostra est, eandem tamen sub conditione recte stipulamur. *L. si rem meam: de verb. obl.* Sic cum rem alienam pignori dare non possumus, quia nostra non est: eandem tamen sub conditione recta dabimus, si nostra erit, quia conditio in id tempus confertur, quo nostra futura est. Quam ob caussam conventio generalis in pignore rerum postea quæsitarum recepta est, ut ante diximus: quia in his rebus dandis hæc conditio inest, cum quæsitæ fuerint. Hinc etiam dicimus, & quæ nondum sunt futura tamen sunt, hypothecæ dari posse: puta, ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum, & ea quæ nascuntur, sint hypothecæ obligata. *L. & quæ nondum*, *D. de pignor.* In his enim dandis inest tempus, cum nata fuerint. *L. interdum*, *de verb. obl.* quod tempus cum incertum sit, conditionem habet. Idem dicemus, si res ei, qui pignus dabat fuit debita. *L. 1. in prin. de pig. L. 3. §. 1. inf. qui pot. in pig. hab.* Qui enim rem sibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit cum ipsi data fuerit: ideo, quia sibi brevi acquisitum iri sperat. Sic ex spe, quam in ea iam constitutam debitor habet, animus eius & conditio intelligitur.

XII. Si nihil horum erit, certum est, hoc iure posito, quod diximus, rem iure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuit, re aliena pignori data ordinariam actionem, id est, directam quæ ex his verbis edicti proficiscatur, creditori non competere, quanvis res illi postea quæsita fuerit. Idque aperte eorundem Imp. Diocletiani & Maximiani rescripto declaratur sub eodem titulo Codicis, *si aliena res*. Verba rescripti hæc sunt. *Cum res, quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem non competere manifestum est*, & quæ sequuntur. Hoc sensu accipiendum est illud, quod vulgo traditum esse Caius docet, *creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, *d. L. ea quæ §. 1.* Cum directa, inquam, actione hypothecaria agit, intenditque sibi rem pignori obligatam esse, hoc probare debet. Hoc enim qui ipsa agit dicere intelligitur, sibi rem ab eo pignori datam, qui ius dandi habebat, qui pignori rem datam intendit, itaque etiam probare debet.

XIII. Sed an utilis detur, videamus. Et eodem illo rescripto Diocletiani & Maximiani additum est, *ordinariam quidem non competere, sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignorativæ actionis detur*. Ex quo rescripto hæc distinctio inducitur, ut si creditor ignoravit esse alienam, quæ pignori dabatur, dominio debitori postea quæsito utilis detur persecutio: sin scivit alienam esse, non detur. Quæ distinctio ex eo colligitur, quod ait rescriptum, exemplo pignoratitiæ actionis utilem persecutionem dari. Cum enim res aliena pignori data est, creditori decepto adversus debitorem pignoratitia contraria datur, ut quia ea res frustra obligata est, alia non minus idonea substituatur. Hæc autem actio ei, qui ignoravit alienam, competit. *L. tutor*, *§. 1. de pignor act.* Hoc exemplo cum utilis persecutio in rem hoc casu detur eadem distinctione nimirum dabitur. Hoc sensit Papinianus videlicet cum ita scribit, *L. 1. in prin. D. de pig.* In *speciem autem alienæ rei collata conventione*, id est, cum res aliena specialiter pignori data est, *si non fuerit ei, qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit creditori possidenti retentio*. Hoc dicit ei, qui ignoravit alienam, facile utilem persecutionem dari: ei vero, qui non ignoravit difficilius. Quod ait, *difficilius* comparativus pro positivo positus est, augendæ difficultatis caussa: ut sit difficile dabitur, id est, iudicio meo non dabitur. Quam sententiam esse Papiniani in his verbis, atque hoc loco minus dubitavit, qui eius aliud responsum legerit, cuius initium est, *Nonnunquam*, sub titulo, *de coll. bon.* in quo ille a filio, *post annum, quam delata est bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere difficilius* esse ait, cum hoc intelligere eum constet non esse admittendam. Sic enim Iurisconsulti solent, cum de re non usque adeo explorata, & certa sententiam suam exprimere volunt, ut non certo, & asseveranter ita esse pronuntient, sed sententiam suam timide, ac veluti dubitantium more proponant, ut etiam si aliud

aliis videri queat, tamen ipsi in hanc, aut illam partem inclinare se ostendant. Itaque Theophilus in §. *responsa. Instit. de Iure nat.* responsum dividi ait in sententiam, & opinionem, ut sit sententia perfecta, & indubitata responsio: veluti hoc facere licet, hoc facere non licet: opinio vero sit suspensa, & timida, ac veluti cum dubitatione elata responsio: ut existimo hoc fieri licere, existimo hoc fieri non licere. De quo respondendi more, qui plura nosse volet, habet unde petat, in *lib. 2. anniversar. quaestion. Francisci* Duareni nostri caput 21. longe utilissimum.

XIV. Quod si quis est, qui putet haec verba: *difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis persecutio dabitur*, ita esse accipienda ut velit Papinianus difficile quidem, utilem actionem dari, sed tamen dari, licet aegre is hoc concedit utrique actionem dari, & creditori, qui ignoravit alienam, & ei, qui non ignoravit. Quod primum est contra sententiam Papiniani qui hos distinguit, deinde contra id, quod diserte eo rescripto continetur, cuius supra mentionem feci, quo actio in rem ad exemplum pignoratitiae actionis datur. Nam quomodo ei creditori, qui non ignoravit alienam, utilis persecutio ad exemplum pignoratitiae datur, cum ei pignoratitia contraria non detur? Iam hoc quem sensum habet, si modo hoc Papinianus diceret, difficilius quidem ei dari, sed tamen ei dari? Si nemine repugnante haec actio datur ex sententia Papiniani, id est, ex iure (Nam contra ius Papinianus non daret) quomodo tandem difficile datur? Nisi forte hoc intelligit Papinianus, praetorem rogatum, ut det, recusare posse primo: sed illi instari debere, etsi institum fuerit, ad extremum illi debere concedere. Quod est ridiculum. Quod enim ex iure aliquando concedi debet, id statim concedendum est, non differendum, quia boni viri personam magistratus sustinet, cuius non est in munere publico ius, cui reddendo publice praeest, sine causa denegare, aut si ex cautla denegavit, id aliquando reddere. Necesse est enim, quod iuste negaveris, si postea concedas, id te iniuste concedere. Postremo ut caetera nos responsa, & rescripta in hac re deficiant, tamen facile haec sententia authoritate iuris defenditur, certo, ut mihi quidem videtur, argumento. Facilius enim pignoratitia contraria actio creditori adversus debitorem datur, quam pignoris persecutio in re aliena nascitur. Nam debitor seipsum conventione sua obligare potuit, ut quamvis res aliena esset, tamen ipse conventione sua teneretur, rem alienam pignori obligare non potuit. Quod si fecisset, non tantum adversus se, sed etiam adversus quoscunque possessores actionem pignoris persequendi constituisset. Plus est igitur actione in rem uti, quam pignoratitia. Id si est, cui dubium esse potest, cui pignoratitia in personam, quae se obligare potuit sua voluntate, non datur, quin ei in rem actio non detur, quae res non potuit obligari, praesertim cum in rem actio adversus possessores detur, in quos debitor nihil iuris habet? Quapropter dubitari non debet, quin Papinianus, cum ait, *difficilius creditori, qui non ignoravit utilem actionem dari*, hoc sentiat, non facile dari, id est, omnino non dari, nisi quae magna caussa afferatur quae suadeat eile dandam. Quod fieri potest, si nominatim id convenerit, aut appareat debitorem creditoremque id sensisse. Sed cum ea nulla sit in eo, qui nihil tale pactus est, & rem alienam non ignoravit, si nihil aliud proponatur, huic sane non dabitur.

XV. Habes iuris minime, ut videtur, incerti distinctionem. Cui tamen adversari videtur responsum Pauli sub *tit. de pig. actio*, quod est eiusmodi: *Rem alienam mihi pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori*. Nihil hic Paulus distinxit, sciretne creditor alienam esse, an ignoraret, sine distinctione respondit, utilem esse dandam, si eius rei debitor dominus esse coepisset. Sed etsi haec verba generalia sunt: tamen ex ea ratione, quam in extremo capite reddit, quem creditorem intelligat adversus debitorem eile tuendum, facile ostendit. Nam cum prius dixisset, potius hoc casu, cum res debitori quaesita est, quam cum dominus rei debitori successit, creditori actionem dari, mirum hoc videri non debere ad extremum ostendere conatus est hac ratione, quod cum dominus rei debitori successit, nihil est, quod ei obiici possit, cur rem vindicari non patiatur. *Sed si convenisset*, inquit, *de pignore ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Haec ratio in eo debitore tantum locum habet, qui creditori rem alienam ignoranti dedit. Solus enim hic ex mendacio suo argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo laesit, non is, qui rem pignori dixit tanquam suam apud eum, qui id falsum esse scivit, ut de eo responsum est,

eſt, qui ſe liti obtulit, quod ſe poſſeſſorem diceret eſſe, cum adverſarius id non ignoraret. *L. qui ſe obtulit. de pet. hæred.* Quamobrem etiam illius loci ſententia cum hac diſtinctione convenit.

XVI. Sed ſive utrique actionem utilem dixerimus dari, ſive alteri tantum: tamen quo minus in totum detur, regula iuris videtur eſſe impedimento qua efficitur, ut quod initio vitioſum eſt, tractu temporis non convaleſcat. *L. quod initio, de regul. iur.* hic res aliena ab initio pignori data eſt, non debet igitur ex poſt facto pignoris perſecutio dari, quamvis res aliena debitori poſtea acquiſita fuerit. Nec ad rem pertinet, quod impedimentum ſublatum eſt, quo fiebat ne res pignori dari poſſit, ut quidam volunt. Nam regula iuris eo pertinet, ut intelligatur, cum quid re aliqua prohibente initio non valuit, etiam ſi id impedimentum ſublatum ſit, non convaleſcere. Unde ſi rem noſtram, aut publicam ſtipulati ſimus, quod ſit inutiliter, quamvis ea res aliena, aut cum publica eſſet, privata facta ſit, non tamen confirmatur ſtipulatio. *L. inter* §. *ſacram de verb. oblig.* Ego puto eum, qui rem alienam ignoranti dedit, tacita quadam conventione dediſſe, ut tum pignori eſſet, cum debitoris facta eſſet, non item eum, qui ſcienti dedit. Et ideo illic ex conventione pignus valere, non tempore convaleſcere, hic nullo modo. Neque tamen hæc interpretatio aperte ex verbis colligitur, ut quis dicat ordinariam hic actionem ſine dubitatione dandam, ſed ex iure interpretatio ſumitur. Nam qui rem alienam ignoranti dat, obligat ſe pignoratitia contraria actione, ut id pignus præſtet, unde & de eo conveniſſe intelligitur, actio enim hic in perſonam eſt, quæ ex conventione naſcitur. Non item autem obligat ſe is, qui rem alienam non ignoranti dedit. Neque vero novum eſt, in re obſcura contrahentium ex iure ſumi id, quod agi videtur. *L. 6. de ſolution.*

XVII. In caſibus tamen in quibus diximus pignus non ita convaleſcere, ut creditori utilis perſecutio detur, faciliorem fore ait Papinianus poſſidenti retentionem. Nam cum debitor pactus ſit, ut ea res, quæcunque eſſet, apud creditorem eſſet, dolo facere eum, ut & omnes, qui quid contra pactum petant, negari non poteſt. *L. 2. §. item quæritur D. de excep. doli.* Igitur doli mali exceptione oppoſita retinebitur. Verum hæc exceptio debitori tantum rem petenti nocebit. Si eadem res aliis creditoribus ab eodem debitore pignori data erit, iis etiam rem vindicantibus non nocebit. De auctoris enim dolo exceptio ſucceſſori nun noçet in cauſſa non lucrativa. *L. apud celſum. §. de auctoris,* & *§. auctoris, de doli excep.* Et ideo faciliorem ait fore poſſidenti exceptionem, quam actionem, ut intelligatur, exceptionem ſaltem adverſus debitorem dari, cum actio non detur. Quod ipſum quoque argumento eſt, ne adverſus debitorem, quidem actionem in rem dari ei, qui alienam non ignoravit, ut antea oſtendimus.

XVIII. Sed quod ait Papinianus *ei, qui non ignoravit alienam, dominio debitori poſtea quæſito rei obligatæ retentionem dari*, contrarium videri poteſt, ei quod Modeſtinus ſub hoc titulo ſcribit, ubi ita definit; *cum vitioſe, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locum non eſſe, nec ſi bona creditoris ad fiſcum pertineant. L. cum vitioſe, D. h. tit.* Cum autem creditor alienam ſcivit, ibi vitioſe contractum pignoris interceſſiſſe ex eo pluſquam manifeſtum eſt, quod nec dominio poſtea debitori quæſito, actio utilis creditori datur, ut diximus. Si dicemus, quod Bartolo videtur, ideo hic retentionem dari, quia vitium purgatum eſt, ridebimur. Quaſi vero cum quid vitioſe contractum eſt, Modeſtinus intellexerit non eſſe retentioni locum, ſi vitium adhuc maneret, (quod monere ſtulti erat ſcriptoris, quia id nemo unquam aliter exiſtimare poſſet) ac non potius id ſenſerit, non eſſe in totum retentioni locum, etiam ſi impedimentum remotum eſſet, de quo ſolo ambigi potuit. Et ſane ſic regula iuris eſt, ut quod ab initio non valuit, tempore non confirmetur, ne ad retentionem quidem. Intelligendum eſt igitur tum definitioni Modeſtini locum eſſe, cum plane vitioſe & inutiliter de pignore convenit, ſic, ut nullius momenti fuerit conventio. Finge cum mihi aut Titio promiſſum eſſet, debitorem Titio, cui nihil debetur, rem pignori dediſſe. Finge rem ſacram, aut religioſam, datam eſſe. Quamvis aut illic Titius mihi ſucceſſerit, aut hic res ſacra, profana, & debitoris eſſe cœperit, pignoris retentio creditori non dabitur, ſcilicet quia nec de re ſacra convenire potuit, ut pignori eſſet, quod conventio contra bonos mores ſit; nec convenire, ut ei res teneatur, cui nihil debetur, quia contra naturam ſit, ut ſit acceſſio ſine ea re, cuius acceſſio eſt. At cum res aliena eſt, etſi ea conventione pignori dari non poteſt, tamen quo minus id conveniat, ut quan-

quandiu pecunia debetur, ea apud creditorem sit, nec ipse illi controversiam faciat, nihil est impedimento, quia & creditori pecunia debetur, & de re aliena ita cavere, nihil prohibet. Hic enim debitor de selpso cavere intelligitur, ne si quid forte iuris in ea re nactus sit, creditori controversiam faciat. Ita fit, ut persecutio creditori non detur, quia pignus non est, retentio vero possidenti detur propter conventionem.

XIX. Sed redeo ad actionem quæ re aliena pignori data creditori ex eventu interdum datur, quod tunc accidit, cum dominium debitori quæsitum est, saltem tunc cum creditor rem alienam esse ignoravit. Quo posito ex re ipsa alia incidit quæstio, putemusne, idem dicendum esse, si rei dominus debitori hæres extiterit. Movet quæstionem rei similitudo. Ut enim cum dominium debitori quæsitum est, ideo actio creditori datur, quia debitor dominus rei esse cœpit: ita posteriore casu fit, ut idem dominus rei obligatæ, & debitor esse incipiat. Et Paulus respondit, hic non idem esse dicendum, quia non sufficiat ad competendam utilem actionem eundem esse dominum, qui pecuniam debet. *L. rem alienam, D. de pignor. act.* Nimirum tertium requiritur, ut dominus de pignore convenerit, quod priore casu fit cum debitoris qui de pignore convenerat, dominus esse cœpit, posteriore non item. Decessor enim aliquando convenit, sed is dominus non fuit: heres, qui debitori successit, dominus quidem est, cæterum de pignore nihil pactus est, nec est, quod ei possit obiici, qui ipse de re nihil convenit. Nec dices rei dominum debitoris hæredem esse, hæredem porro in re sua factum decessoris sui approbare debere, cui successit, perinde ac si ipse convenisset, ut de re aliena vendita ab eo, cui dominus rei postea successit, rescriptum est, *L. cum a matre, C. de rei vend.* Non enim negari potest, quin in hac quoque specie hæres decessoris factum probare debeat; Cumque hoc nomine pignoratitia contraria teneri certum est, ut pignus confirmare cogatur eodem iure quo defunctus, qui & ipse eadem actione teneretur. Qui enim in ius dominiumque alterius succedunt, eodem iure uti debent. *L. qui in ius de regu. iur.* Eodemque modo & in re a defuncto vendita hæres actione ex empto teneretur. Sed nego pignus per se convalescere, ut utilis persecutio creditori detur, quia nec ante pignus fuit. Absurdum est autem ex persona defuncti hæredem alio iure uti, quam quod apud decessorem valuerit.

XX. Hoc ego sensu non dubito, quin Modestini responsum accipiendum sit de hac specie, quod sub hoc titulo de pignoribus legitur in hæc verba: *L. si Titio. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori meo obligaverat, hæres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Pignoratitiæ utilis verbo pignoratitiam contrariam intelligit quæ adversus hæredem dabitur, ut rem, cuius dominus est, pignori nunc det, quæ iam olim ab eius decessore obligata est. Nunc enim potest. Quod si fecit (hoc vero cogitur, nisi malit eo nomine condemnari) alia via consequitur creditor, ut pignus habeat, quod directo non convaluit. Cur sic eum accipere putem, non autem utilem actionem in rem intelligere, hæc sunt, quæ me movent. Primum quod Paulus, cuius sententiam supra retulimus, negat omnem persecutionem pignoris, etiam quæ ex æquo & bono utilitatis caussa datur, hoc casu competere. De ea enim loquitur, cum ait, si debitor dominus esse cœperit, utilem pignoratitiam creditori dari. Nam aliam hoc casu non competere constat. *L. cum rei, C. si aliena res.* Ratio Pauli præterea, qua ille in illo capite superiore utitur, quæ ne id in hac specie respondeamus, suadet. Postremo ipsa adeo responsi Modestini verba, quæ aliter accipi posse non videntur. Ait enim Modestinus, ex post facto pignus directo non convalescere, quod nihil aliud est, nisi in rem actionem de pignore nullam dari, ne utilem quidem. Aliud est enim directam actionem dari de pignore, aliud pignus directo convalescere. Quæcunque actio in rem dabitur, quanvis utilis pignus directo convalescit. Directo enim ea valent, quæ per se ipsa valent iure, neque in eo aliena hominis opera, & facto indigent. Non directo, quæ ut sint, ab aliis accipiunt, ut puta libertas directo datur, cum testator non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult. Cum vero iubetur sic liber esse, ut libertatem ab hærede accipiat, dicitur dari non directo, *§. ul. inst. de sing. reb. per fideicom. reli.* Sic in pignore si creditor pignus vindicare poterit, quanvis invito hærede, quæcunque illi actio in id dabitur, quanvis non directa, sed utilis, pignus tamen directo convalescet, quia recta id petetur, neque expectabitur, ut prius ab hærede

pignus

pignus imponatur. Quod si ab hærede prius id accipietur, quam ad rem actio in personam contraria competit, tunc demum incipiet vere dici, non directo pignus convalescere, quod nunc quærimus.

C A P. VIII.

An in omnibus rebus, quæ in bonis sunt, pignoris obligatio consistat.

Res omnes pignori obligari quæ sunt in bonis, & quæ ita esse intelliguntur. I.
Illarum genera quatuor, & quæ. II. III. IV.
A superiori definitione quæ excipiantur. V. VI. VII. IX.
Explicatur I. C. Pauli locus in L. sed an viæ 12. D. de pign. & hypoth. VIII.
Ut res aliqua recte sit data pignori, sufficit eam fuisse in bonis cum de pignore conveniebat. X.
Interpretatio L. si superatus 3. D. de pign. & hypothec. XI.
Cuius rei commercium non est, nec pignus esse. XII.
Exponitur L. in quorum 24. D. de pignor. & hypoth. XIII.

I. REm, quæ in bonis nostris non esset, pignori non posse obligari, diximus. An omnes, quæ in bonis sunt, obligari possint, videndum est. Et receptum est, ut omnes possint, neque exigitur, ut in dominio nostro sint. Scilicet ut quantum quisque iuris in re quaque obtinenda habet, tantum in alium recte transferat. Nam & esdem recte vendi possunt. *L. sed & Celsus, D. de contrahend. empt.* Unde hæc quoque regula de iis rebus, quæ pignori dari possunt, tradita est: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem posse recipere. *L. 9. hic, de pignor.* Res in bonis intelligimur habere, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandas eas actionem habemus. *L. rem in bonis, de acquir. rer. domi.*

II. Earum plura sunt genera, quæ singula pignori dari posse specialiter suis titulis in Codice traditum est. Primum genus est earum rerum, quæ vere dominii nostri sunt, de quibus transferendis nemo dubitat. Alterum est earum, quarum quasi domini sumus, & de quibus nobis tanquam dominis Prætor accommodat actionem. Quo in genere sunt vectigalia prædia, & superficiaria, de quibus in Titulo, *si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, & tit. *de superficiebus*. Item quæ bona fide a non domino emimus, vel ex alia iusta caussa tradita accepimus; de quibus Publiciana in rem competit. *§. sed isto Inst. de act.* Ergo & vectigale prædium pignori dari potest, & superficiarium, sic tamen, ut quoniam tamdiu actiones utiles de iis competunt, quamdiu vectigal solarium, quod pro iis debetur domino solvatur, potior sit caussa domini soli, si non solvatur ei solarium. *L. sutor, §. ulti.* cum *L. seq. de pignor. act. L. grege, §. & in superficiariis. L. lex vectigali, de pig. L. etiam, infra qui pot. in pig.* Eodem modo si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori rem accepi, sic tuebitur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. *L. si ab eo, D. de pignor.*

III. Tertium est genus earum, quarum neque domini sumus, neque quasi domini cuius generis sunt; quæ pignori sunt obligatæ; utpote quarum nomine actionem in rem habemus edicto Prætoris comparatam, & tamen a nobis quolibet nomine debitoris nobis pecuniam solvente, avocari possunt, Inde rem quoque pignoratam pignori dari posse placuit, ut quamdiu pignus in persona eius, cui primo datum est, perseverat, tandiu pignus secundo creditori teneatur, & tam exceptio, quam actio utilis ei detur; quia primo hæc omnia tribuerentur, qui ius suum in secundum recte transfert: modo nequid amplius. Proinde si dominus is, qui pignori rem primo dedit, secundo creditori solverit, eveniet eodem tempore, ut pignus ab utroque creditore liberetur. A secundo, quia ei satisfactum est. A primo, quia voluntate eius, & nomine secundo satisfactum est, nihilque interest, utrum creditori solutum sit, an alii voluntate eius. Hæc Martianus ad formulam hypothecariam scribit in *L. grege, §. cum pignori, D. de pignor.* De quo etiam extat

Titu-

Titulus in *C. si pignus pignori datum sit*. Sed quoniam secundo creditori solvi posse Martianus dixerat, quo fieret, ut pignus prius liberaretur; per occasionem eodem in loco tractat, si forte nummi secundo illi soluti sint, quo iure il apud eum futuri sint, an ut illius fiant, & sic debitor in totum liberetur ab utroque, an vero ut sint apud eum tantum pignoris loco, in prius pignus videlicet suffecti. Hoc est enim, quod quærit illis verbis. ***Sed potest dubitari, nunquid creditori nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit***. Creditorem intelligit secundum. Nam de eo loquitur, cui pignus pignori datum est, qui secundus est creditor. Utilem actionem vero hypothecariam, ut prius; ***tam exceptio, quam utilis actio ei danda est***. Nam utilem in personam adversus debitorem dicere ad pecuniam exigendam non convenit; illa enim de nummis nondum solutis competit: Martianus autem de nummis iam solutis agit, nisi forte solutorum interpretamur, ut Accursius, id est, solvendorum. In quo id agere videtur, ut nos rideat, qui quod præteriit, de eo, quod futurum est, interpretatur. Hoc igitur, ut dixi, quærit per occasionem Iurisconsultus, cum nummi soluti erunt, an illi pignoris tantum loco apud creditorem erunt; ut illi hypothecaria tantum detur, non vindicatio, tanquam domino? Et cur id dubitari possit statim subiungit: ***Quid enim***, inquit, ***si res soluta fuerit?*** quasi diceret; non sine caussa id dubitari potest nummis solutis. Nam si res, id est, species, ut postea explicat, soluta esset, ea non creditoris efficeretur, sed apud eum pignoris loco esset potius. Et cum eadem omnino quæstio esset, cum nomen debitoris pignori secundo creditori datum est, & primus debitor secundo creditori solvit: extaret autem Pomponii in nomine pignori dato distinctio: Martianus Pomponii distinctionem in eo genere subiecit, ut quod illio dictum erat a Pomponio, hic responsum intelligeretur, ubi eadem solutio est, quæ a primo debitore in secundum creditorem confertur. Ait igitur: ***Siquidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem***, secundum intellige, ***secum pensaturum***. Unde intelligitur, quod de nummis solutis quæsitum est, utilem actionem Servianam eorum nomine non dari, tanquam de pignore, sed nummos eius fieri sic, ut eos iam cum suo debitore, eodemque creditore compensare debeat. Si vero corpus is debuerit, cuius nomen, aut pignus pignori datum est, & solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Unde intelligitur utilem ei actionem hoc casu dandam.

IV. Postremum bonorum genus est earum rerum, quæ sunt in actionibus, persequutionibus, id est, nomina debitorum nostrorum. Quare & nomen quoque pignori dari posse, receptum est; non ut is, cui datum erit, utili Serviana quicquam vindicare possit, quia in nomine nihil huiusmodi est: sed ut iisdem actionibus utilibus utatur adversus debitorem, quibus experiretur suo nomine is, qui nomen pignori dedit. Sic prætor & creditorem in exigenda pecunia, & debitorem adversus eum, qui nomen pignori dedit, tuebitur. Quod si quid secundo creditori solutum erit, quo iure id apud eum futurum sit, iam dictum est: *L. si convenerit, D. de pign. act. L. nomen, C. quæ res pig. obl. poss.*

V. Quædam tamen res vel natura, vel iuris ratione excipiuntur, quod minus pignori esse possint. Ac de servitutibus, iuris alioqui nostri rebus, & quarum nomine actiones in rem nobis competunt, an pignori dari possent; quæsitum est. Nam sive personales sint, ut usus, & ususfructus, personæ cohærent, & una cum ea extinguuntur; sive prædiorum a prædiis separari non possunt, quibus cohærent, ut pignori dari posse non videantur, etsi in bonis sint. De servitutibus personarum sic habendum est, usumfructum pignori dari posse, quia & vendi ab eo potest, qui usumfructum habet. Ita quantum vendendo in alium transferre potest, tantum in creditorem recte transferet. Usum nullo modo. Quia personæ cohæret, nec vendi, aut cedi potest, ut nec pignori in alium transferri possit. *L. si is qui §. ususfructus D. de pig.* De servitutibus urbanorum quidem prædiorum extat ex Martiano in *L. si is qui §. ult. hoc tit. de pignor.* iura hæc pignori dari non posse; igitur nec convenire posse, ut hypothecæ sint.

VI. De servitutibus rusticorum inde dubitatur. Et plerique omnes putant, dari posse pignori, ideo, quod Martianus non generaliter de omnibus dixerit, sed de prædiorum urbanorum servitutibus nominatim: unde coniectura duci potest, aliud eum de rusticis sensisse. Ad cuius rei confirmationem huc accedit, quod e vestigio de servitutibus rusticorum prædiorum per adversativam ex Paulo subiungitur, quæriturque, an in his pignoris conventio locum habeat. Et ait Paulus, conventionem

pro-

propter utilitatem tuendam esse. Quod non diceretur eodem loco per adversativam præsertim, nisi adversum ius in utroque intelligere Iurisconsulti voluissent.

VII. Sed Francisco Duareno nostro aliud videtur in libro secundo *Anniversar. quæstion. c.* 13. Huic enim placet, ne servitutes quidem rusticorum prædiorum pignori dari posse, non magis, quam urbanorum. Quæ sententia mihi verissima videtur. Nam quæcunque servitus prædii est, ea prædio cohæret, nec potest, quandiu prædium apud debitorem manet, servitus in alium transferri, ut ea utatur, quia non personæ est, sed prædii; & prædii non cuiuslibet, sed prædii debitoris, a quo ipsa separari non potest. *L. via. L. unus, D. de servit. rustic. præd.* Quo fit, ut debitor alii vicino eam vendere non possit, nisi una quoque prædium suum distrahat. Quam venditionem si prætor non tuetur, ne pignorationem quidem tuebitur, quia eæ res recte oppignerantur, quæ & vendi possunt, *L.* 9. *D. de pig.* vel quod in alium transferantur res per obligationem pignoris, vel quod pignus ita detur, ut distrahere liceat. Postremo servitus creditori fit inutilis: quippe quæ non ipsi possit deberi, non enim personæ servitus est, neque eius prædio, quia alii prædio cohæret, a quo invito domino fundi servientis in alium transferri non potest.

VIII. Quod autem Paulus in capite sequenti tractat de servitutibus rusticis; recte hoc mihi videtur ab illo, & acute animadversum esse, non hoc quærere Paulum, an hæ quoque pignori dari possint, ut ita eas ab urbanis separet; sed illud, an dominus in suo servitutem constituere possit creditori pignoris loco, ut ea creditor utatur, quandiu pecunia soluta non sit. Id vero dominum facere posse Paulus ait, non ut iure ipso valeat servitus, quia ipso iure ad tempus constitui non potest: sed propter utilitatem contrahentium. Sic de domino fundi, eum loqui, qui temporis caussa in suo servitutem imponat, indicant illa verba, quibus convenire posse ait: *ut iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, & si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.* Hæc enim pactio de servitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi non potest. Semper enim dominus fundi servientis recte negabit se creditori aut ei, cui creditor vendiderit, servitutem debere, nec quisquam, cui servitus debetur, servientis fundi caussam deteriorem facere potest. *L. servitutes, § ult. de ser. ur. præd.* Adversativa autem, qua Paulus utitur, non eo pertinet ut, prædiorum urbanorum servitutes a rusticis separentur; sed ut doceamur, ipsa quidem iura, quæ in alienis prædiis nobis debentur, pignori dari non posse. Cæterum in nostro ea constitui posse pignoris loco, non tantum ut creditor, qui vicinum prædium habet, ea servitute utatur: sed etiam ut alii, qui vicinum prædium habebit, voluntate nostra eam servitutem vendat, nobisque vel invitis imponat in perpetuum. Ita cum in personis servitutem oppignerantibus, non in generibus servitutum hoc loco distinctio posita sit: dicendum est, quicquid vel apud Martianum, vel apud Paulum in his fragmentis sub appellatione servitutum vel urbanarum, vel rusticarum affirmatur, exempli caussa de iis servitutibus dictum esse, ut in constituentibus differentia esset, non in genere servitutis.

IX. Ergo suprascriptæ res pignori non dantur, quia sua natura non possunt. Hæ certis de caussis pignori non subiiciuntur ex constitutionibus. Nam Imperatorum Constantini, item Honorii, & Theodosii constitutionibus vetantur executores a quocunque iudice dati ad exigenda debita in caussam iudicati servos aratores, boves, aut instrumentum aratorium, & in universum, quod ad culturam agri pertinet, capere, ne tributorum illatio retardetur. *L. executores, L. penul. cum auth. sequ. C. quæ res pig. obl. poss.* Quæ constitutiones, quo minus hæ res voluntate ipsorum dominorum obligentur, non sunt impedimento. Spem item eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis pensitanda olim fuerunt, ne privata quidem pactione pignorari potuisse, Alexandri rescripto cautum est. *L. Spem eorum, C. quæ res pig. obl. pos.* Credo, ne adempta spe iis præmiis potiundi, quæ iam multo ante obligata essent, & ad illum post reditura, athletis virtus, & alacritas remitteretur ad animose, & fortiter certandum, quæ præcipue præmiis propositis accenditur. Nota sunt autem celebratissima illa quatuor certamina sacra apud Græcos Olympia, Pythia, Isthmia, & Memeæa, in quibus athletæ, qui vicissent, coronis donabantur, honoris ergo, & pro coronis etiam præmia publice erant proposita, de quibus Alexander sensit. De athletis, deque variis ludicrorum, & certaminum generibus: item qui honores victoribus olim haberentur, pulcherrime, & fusissime scripsit Budæus in annotatio-

nibus

Digitized by Google

nibus prioribus ad Pandectas. Licebit hodie idem dicamus de omni spe eorum præmiorum, quæcunque publice ob victoriam in omni certamine virtutis caussa proposita erunt vincentibus. Commoda tamen ipsa, quæ iam eo nomine præstantur, pignori capi posse tradidit Papinianus: cuius extat responsum de hac re sub *tit. de re iud.* in hæc verba; *Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam iure pignoris in caussam indicati capi*. Hæc præmia intelligit, quæ athletis præstantur pro coronis. Sacras enim coronas vocat, quæ in certaminibus illis sacris donarentur. Unde & qui in illis vicissent, hieronicæ dicebantur.

X. Quibus expositis apparet rem, quæ in bonis obligantis non fuerit, hypothecaria actione non teneri, & quæ recte data est, sic peti posse, ut sufficiat, rem in bonis eius fuisse, cum conveniebat, id est, cum pignus contrahebatur; idque probari satis est. *d. L. & quæ nondum. §. 1.*

XI. Ad quod illustrandum in primis conducet exemplum Papiniani, quo ille in utramque partem utitur in *C. 3. hoc tit. de pig.* Ponit enim principio debitorem pignori rem dedisse, deinde cum eam postea amissam vindicaret, vel actione de singulis rebus, vel petitione hæreditatis, victum esse. Quæritur, an creditor actione Serviana adhuc experiri possit. Movet, quod pronunciatum est, rem debitoris in bonis non esse. Ille posse experiri creditorem respondit. Satis enim esse si probet rem in bonis debitoris fuisse, quo tempore pignus contrahebatur. Nam quod condemnatus est, postea secutum est. Nec obstat, quod pronuntiatum est, rem retro quoque in bonis debitoris non fuisse. Res enim inter alios iudicatæ aliis non nocent. *L. 1. de excep. rei iud.* Præterquam in iis rebus, quæ ex præiudiciis pendent, ut legatis, cum de hæreditate contra hæredem testamento scriptum pronuntiatum est. Legata enim ex testamento pendent. At fieri potest, ut res debitoris fuerit, de qua petitione hæreditatis actum est; lis tamen non fuerit recte instituta, cum suam vindicare deberet, quam sibi iure hæreditario, tanquam testatoris foret, vindicabat. Fingit deinde e converso, debitorem per iniuriam victum rem, quam petierat, pignori dedisse. Quæstionis est, an hic quoque creditor possit Serviana experiri, probans rem in bonis debitoris esse, cum per iniuriam victus esset, quia non videatur exceptio rei iudicatæ hic magis creditori nocere, quam in superiore specie debuisse. Et ait hoc casu Servianam creditori non esse dandam: scilicet quia verum sit rem, tum in bonis debitoris non fuisse, cum pignus contrahebatur. Est enim res in bonis, ad quam recuperandam actionem habemus; hanc autem amisit, qui iudicio victus est. Rem enim si vindicet a possessore, summovebitur rei iudicatæ exceptione, etiam si iniuria victus sit. Nihil autem interest, ipso iure quis actionem non habeat, an eam habeat quæ per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, D. de regul. iur.* Ita utriusque partis regulæ illius superioris exempla hæc sunt.

XII. Iam vero cum eæ res vendi possint, quæ in bonis cuiusvis sunt. (Nam & superficiaria prædia, & vectigalia, & pignus, & actiones, aut nomina vendi posse constat) contraque nihil eorum vendi, possit, quod in bonis non est: *L. sed & Celsus, D. de contrah. em.* & recte definitum est, quæ res emptionem, venditionemque recipit, pignorationem quoque recipere, & contra. *L. 9. de pign.* Inde placuit, quam rem quis emere non posset ob id quia commercium eius rei non est, nec iure pignoris eum accipere posse. *L. 1. §. eam rem*, infr. *quæ res pig. obl.* Quod non est contrarium ei, quod sub titulo de pignoribus Modestinus definit *cap. 24. In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohiberi*.

XIII. Aliud est enim, commercium alicui interdictum esse: aliud, rem emere prohiberi: exempli gratia, qui officii caussa in provincia agunt vel militant, prædia comparare in eadem provincia prohibentur. *L. qui officiis. L. non licet. D. de cont. empt.* Idem si cum alio contraxerint, pignus recte accipient, & distrahent, quia non emit, qui vendit. Hi autem emere tantum prohibentur. Sed nec legis sententia offenditur. Ideo enim prohibentur Præsides, & milites, & cæteri eiusmodi in provinciis emere, ne rem acquirant: quod nisi prohiberentur, facile res omnes per concussionem, vel propter potentiam, vel gratiam ad se advocarent. Adversus quod periculum lege prospectum est. Hæc ratio in eo, qui vendit nulla est. Tantum enim abest, ut qui vendit acquirat, ut vendendo, etiam quod habet, alienet. Cum autem commercium interdictum est, utraque re interdicitur & emptione, & venditione. Commercium enim non tan-

Digitized by Google

tantum in emendo est, sed etiam in distrahendo. Et ut Ulpianus in fragmentis institutionum, titulo, De dominiis definit, *Commercium est, emendi, vendendique invicem ius*. Sic fit, ut pignori quoque accipere interdicatur, quia pignus sic accipiatur, ut distrahere liceat. Sed quomodo pignus obligetur, & a quibus, satis dictum est. Sequitur, ut quod ius sit in pignore constituto creditori dicendum sit.

C A P. IX.

De iure creditoris in pignore & de actione hypothecaria, seu Serviana.

Ius creditoris in pignore duplex: & quale utrumque. I.
Ad illud obtinendum actio in rem comparata est creditori: cuius appellatio multiplex. II.
Adversus quos illa detur; & cuius rei gratia: & quibus modis eo perveniatur. III.
Qui hac actione tenetur, nisi restituat, tanti damnatur, quanti in litem iuretur. IV.
Lis tanti vero aestimatur adversus extraneum possessorem duntaxat, non adversus debitorem; quae discriminis ratio. V.
Pignore distracto non extinguitur pignoris persecutio; alibi de hoc auctor. VI.

I. IUS creditoris, ut initio dixi, in pignore duplex est. Unum maxime pignorum proprium, rem tenere, eique incumbere licere, donec pecunia debebitur. Alterum distrahere etiam licere, si creditori ad ius suum consequendum, ita faciendum videatur. De possessione pignoris, sic ea creditori datur, ut fructus etiam suo iure percipiat, non illos quidem ut luceretur, sed quos deinde in sortem sibi compenset. Quin etiam iudicio pignoratitio percipere eos cogitur ex fide bona, ne res apud eum otiosa & sine fructu maneat, & debitori vacet. *L. 2. C. de pig. act.* Proinde & praedia sibi obligata ex caussa pignoris recte locabit. *L. creditor hic de pig.*

II. Ad id, ut dixi obtinendum, & rem possidenti exceptio datur, & non possidenti ad eam persequendam actio. De exceptione nulla dubitatio est, si quidem ei actio datur. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. *L. 1. de superfi.* De actione videamus. Pignoris persequendi caussa actio in rem est, non in personam tantum debitoris. *L. pignoris, C. eod.* Haec primum de rebus coloni, quas pro mercedibus fundi pignori futuras pactum esset, proposita est edicto, & praetore Servio Serviana est appellata, ut a Publicio Publiciana. *§. item Serviana, § sed istae quidem instit. de act.* Post deinde ad exemplum earum rerum de caeteris quoque rebus, quae pignori datae essent, actio reddi coepit, quae ex eo quasi Serviana dicta est. *d. §. item Serviana.* Indeque etiam factum est, ut utilis Serviana appellaretur. *L. lege, §. cum praedium, D. de pignor.* Sic & de superficie in rem actio eum rei vendicatione collata, quae iure civili proponitur, & quasi in rem dicitur, & utilis ab Ulpiano *in L. 1. §. 1. & §. is autem, D. de superfic.* Abusive ac etiam Serviana absoluta interdum nominatur. *in L. 3. L. si inter, §. 1. D. de pignor.* Atque haec ab auctoribus nomina sunt. Ex re vero quae petitur, haec omnis de pignore actio hypothecaria appellatur, ab hypotheca, quae proprie tunc dici intelligitur, cum possessio non est apud creditorem. Porro ea demum vindicatur, quae apud alium est. Pignoraritia vero proprie dicitur in personam actio, qua debitor adversus creditorem utitur de pignore repetendo, pecunia soluta. Verum & hoc nomine quandoque hypothecaria significatur, a pignore, quod in iure obligationis ab hypotheca nihil differre diximus. Sicque accipitur in his locis. *L. rem alienam, D. de pig. act. L. 3. §. est autem D. ad exhib. L. communi, §. inter, D communi divid. L. duobus. L. pen. de excep. rei iud.*

III. Cum sit igitur in rem actio de pignore persequendo, nimirum adversus omnes dabitur, qui rem tenebunt, possidebuntve, aut dolo malo desierunt possidere, ut id restituant. Hoc enim est, in rem,

rem sequi, eiusque rei possessorem. Idque omnium in rem actionum commune est. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. officium, D. de rei vendit. L. actionum, D. de obli, & act.* Finis actionis, atque intentio omnium in rem actionum propria, ut dum pignori obligatam constabit, res petitori restituatur. Idque ut fiat, Iudex primum arbitratur. Alterutro igitur modo is, unde petitur, absolvetur, si aut rem restituet aut petitori pecuniam solvet. Rem quidem restituendo, quia arbitrio iudicis satisfecit, pecuniam solvendo (quod quisque pro debitore ignorante, & invito potest facere) quia pecunia soluta nullum amplius pignus est, eoque liberato inutilis hypothecaria creditori relinquitur.

IV. Si neutrum faciet, id est, si arbitrio iudicis non parebit, sequitur condemnatio horum iudiciorum propria ex arbitrio iudicis pendens, ut si quidem dolo malo fecit reus, quo minus rem restitueret, tanti damnetur, quanti in litem iuratum est; sin culpa rei possessionem amisit, quanti petitoris interest. *L. si fundus. §. in vendicatione, D. de pignor. d. L. qui restituere, D. de rei vend.* Unde & actiones arbitrarias has esse constat, in quibus ex arbitrio iudicis, & iussu condemnatio, aut absolutio pendet. *§. praeterea, Insti. de action.*

V. Sed quod dixi si res pignorata non restituatur, litem tanti aestimandam esse adversus possessorem, quanti in litem iuratum est; non adversus quemvis possessorem accipiendum est, sed adversus extraneum tantum, qui nihil quaeri potest si plus creditori praestet, quam ei debeatur: quia quod amplius debito creditor fuerit consequutus, debitori restituere debet pignoratitia actione, omninoque ei bonam fidem praestare debet, ut eadem in debitoris caussa faciat, quae ille faceret in sua. Adversus debitorem autem non pluris, quam debet, quia non pluris interest, vel hoc nomine, quod nemo est alius, quam debitor, cui creditor teneatur, si ipse amplius fuerit consequutus, *L. inter, §. ult. de pig.* Adeoque in debitore id verum est, ut Martianus scribat, *L. si fundus, §. si pluris. D. de pig. si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis, & usurarum faciebat, nec provocaverit, si tantum solvat, quantum debet, exonerari hypothecam* non subtili id quidem, & stricto iure. *Semel enim caussa transire coepit ad condemnationem,* inquit, & creditori pecunia ex caussa iudicati deberi. Secundum regulas autem iuris ita quisque liberatur, si quod debet, solverit in prin. *tit. qui mo. toll. oblig.* Sed benigna, nec malitiosa iuris interpretatione. Nam creditori solvendo, quod debetur, natura contingit, ut accessio quoque liberetur, *L. in omnibus de solu.* qua liberata nihil iam creditoris interest, omninoque ei omnis actio iure est extincta.

VI. Ex hoc iure apparet nec distractis alienatisve rebus pignori obligatis extingui pignoris persecutionem. Alioqui diceremus actionem tantum de pignore adversus debitorem esse, non in rem, si ea alienata possessorem convenire non liceret. Non nocet quod dominium in alium translatum est; Neque enim in hac re aut ulla alia debitor creditoris conditionem facere potuit deteriorem. Ex quo semper accidit, ut res cum sua caussa alienetur. *L. distractis. L. debitorem. C. de pi. L. alienatio de cont. emp.* Sed alius nobis propositus est ad explicandum locus, quomodo pignus amittatur, Itaque cum hic locus ad eam rationem pertineat, ut quaeratur, an hoc modo pignus amittatur, satius est rem hanc in illud tempus differamus. De iure distrahendi pignoris videamus,

CAP.

C A P. X.

De distractione pignorum.

Ordo & partitio rerum. I.
Creditor pignoris distrahendi ius habet; modo ne quid contra convenerit. II.
Immo si & contra convenerit: modo ter ante denuntiaverit debitori creditor: & quæ huius rei ratio. III. V.
Et quod triplicis eius denuntiationis intervallum. IV.
Quid iuri distrahendi pignoris consequens. VI.
Pignus distrahi statim potest, nisi aliter convenerit. VII.
Hoc ius non est a Iustiniano immutatum: qui Iustinianeæ constitutionis germanis sensus. VIII.
Quæ forma in pignore distrahendo servanda creditori. IX.
Valet distractio nihilominus & illa prætermissa. X.
Quid hæc distractio transferat in Emptorem. XI.
Pignus a creditore distractum non avocatur ab emptore solutione debitoris. XII.
Nisi tamen ita convenerit ut creditori, vel & ipsi debitori liceat pecunia reddita pignus recuperare. XIII.
Etiam cum nihil de eo convenit, iure cogi nonnullos pignus reddere debitori oblata his depensa pecunia; & qui sint. XIV.
Creditor pignore distracto quid præstare debeat emptori: Hoc qua distinctione temperetur. XV.
Quidquid occasione pignoris pervenit ad creditorem, aut per eum stetit quominus perveniret, hoc idem proficit ad liberationem debitori. XVI.

I. DE distractione pignoris duplex est quæstio. Prior illa, an creditor iure suo pignus possit distrahere, & si potest, quando possit, quave forma observata. Altera de venditione, quam vim habeat. In qua hæc quæruntur, primum de emptore, quid in eum ille transferat, tum de creditore, quatenus ea venditione obligetur, postremo de debitore, quatenus ea re liberetur.

II. De iure creditoris in distrahendo pignore, sic statuatur, iure suo illum pignus distrahere, sive convenerit, ut id facere liceret, sive non convenerit, modo ne quid contra convenerit, ne distrahere liceret. Ex hoc est, quod in edicto Prætor pollicetur se venditionem pignoris servaturum, quoad eius contra legem pignoris non fiat, id est, modo ne quid lex pignoris refragetur. *L. 4. de pign. act. L. si cessante, C. de distrac. pig.*

III. Quinetiam si convenerit, ne distrahere liceret, hoc Ulpianus scribit, statim quidem vendere non licere, sed tamen si ter denuntiatum sit debitori, ut solvat & cessaverit, ad extremum licere. *d. L. 4. de pig. act.* Ter denuntiatum sic accipimus, non ut eodem tempore ter ita dicatur debitori, solve, solve, solve. (Nam hoc nihil ab una denuntiatione differt, & plusquam veteratorium est, tres denuntiationes verbis exigere, quæ re ipsa nihil amplius commodi afferant reo ad conquirendam pecuniam, quam una,) sed ita ut inter singulas denuntiationes aliquod intervallum intercedat.

IV. Et plerique omnes probant inter unam quamque unum diem intercedere debere, quia observarunt absentem reum in caussa criminis, pro quo absente nemo excusationes adfert, per triduum esse citandum ante, quam damnetur. *L. inter, de pub. iud.* Quod quid ad rem pertineat, non video. Nam si illius loci argumento uti voluerunt, ut probarent in debitore idem faciendum esse ante, quam pignus distrahere liceret, adiicere debuerunt, etiam debitorem per singulos dies ter citandum esse. Nam hoc in citando reo etiam requiritur. *d. L. inter.* Sed profecto ordo iudicii criminalis & celeritas conficiendæ rei cum officio privati creditoris in debitore admonendo nihil coniunctum aut commune habet. Aliquid dicerent, si docerent alicubi lege esse constitutum reum absentem ter citandum esse, deinde ostenderent ad interpretationem eorum verborum legis hoc subiectum esse, ter citatum accipere nos debere per triduum. Sed nihil tale reperient. Ego pro-

probabiliter dici posse existimo, ita ter esse denuntiandum, ut per intervallum denuntietur non minus, quam decem dierum, atque ita post triginta demum dies creditori pignus vendere liceat. Quod multis locis consentaneum reperietur, in quibus cum de exigenda pecunia, conveniendoque debitore agitur, non statim, sed post aliquod tempus, neque tempus lege aut edicto adiicitur, decem dierum spatium, ut minimum requiritur. Nam cum in edicto de pecunia constituta Praetor polliceretur actionem, si is, qui constituit, non solvisset, sed post aliquod saltem modicum tempus, hoc Ulpianus sic interpretatus est, non minus quam decem dierum. *L. promissor*, §. *si sine*, *D. de const. pec.* Sic cum in caussa civili reus absens tribus edictis, id est, denuntiationibus, de quibus hoc loco agitur, lege vocandus esset, idem Ulpianus tria edicta sic accepit, ut interponi deberent per intervallum non minus decem dierum. *L. ad peremptorium*, & *L. seq. de iudic.* Congruit praeterea haec sententia legi duodecim Tabularum. Ea enim lege aeris confessis, ac debiti iudicatis triginta dies dati fuerunt conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent, ut testis est Aulus Gellius *lib.* 20. *c.* 1. quos dies decem viri iustos appellarunt, post quod tempus res debitoris pignori capere, ac distrahere liceret. Quo iure posito, cum dubitabitur, si quando creditor summum tempus expectare iubeatur ante, quam pignus vendat quodnam id esse debeat, non erit incommodum eius rei interpretationem ex lege sumere, ut cum tantum tempus praeterierit, quantum lex ipsa iudicatis beneficii loco largitur, nihil debitor praeterea requirere debeat.

V. Sed quod ait Ulpianus, post tres denuntiationes vendere pignus licere etiam tum, cum ita convenit, ne liceret distrahere, parum liquere videtur. Nam quomodo poterit, cum id semel convenerit contra conventionem pignus distrahi, cum ut vendere liceat, creditoris caussa constitutum sit, liceat autem unicuique secundum veterem regulam iuris eo iure non uti, si velit, & si quid tale convenerit, ne eo uteretur, omnino pactio servanda sit? *L. pen. C. de act.* *L. pactum*, *D. eod.* An eo fieri dicemus, quod haec pactio contra publicam utilitatem est, quia non facile alioqui creditores reperientur, qui pecuniam velint credere, ubi pignus illis distrahere non licebit? Nam hoc plerisque placet. Mihi autem inepta haec ratio videtur. Nam cum de eo creditore agatur, qui pecuniam iam credidit, & sua sponte hoc ius debitori remisit, ne pignus distraheret, valde stultum esse metuere, ne propter eam facultatem distrahendi ademptam pecuniam non det, cum iam ante ea facultate ultro sibi detracta crediderit. Si de credenda pecunia ageretur, & illud quaereretur, an pignus vendere creditoribus permittendum esset, cum sane publicam in eo omnium utilitatem versari diceremus, ut distrahere permitteretur, quo ad facilius credendum homines invitarentur. Nunc postquam ultro credita pecunia est, & pignus acceptum, an velit deinde creditor pignus distrahere, aut non distrahere, quia in eo privata eius utilitas, & arbitrium versetur, negari non potest. Quid si omnino pignus non acciperet? quid si acceptum remitteret? quisquamne in eo publicam utilitatem versari, & ideo hoc eum remittere non posse diceret? Quanto minus dicere conveniat eum, qui pignore accepto hoc remisit debitori, ne vendat, contra utilitatem publicam facere videri? Ego eum, qui pignus dedit, hoc ipso quod pignoris loco rem esse voluit, simul etiam convenisse, dico, ut distrahere liceret. Neque aliter pignus esse intelligo. Nam cui bono rem alioqui apud se otiosam tenere, si distrahere non licebit, ut ad ius suum creditor perveniat? Indicat hoc Alexander Imperator in *L.* 1. *C. de pact. pig.* qui, cum proponeretur debitor pactus esse, nisi intra certum tempus pecuniam solveret, cessurum se creditoribus hypothecarum venditionem, rescripsit eum, qui id fecisset, non contraxisse: sed id comprehendisse pacto, quod creditor in pignore adipiscendo suo iure esset habiturus. Innuens hoc ius vi sua pignori esse adiunctum, & consequens, nec a pignore, quandiu nomen suum retineat, posse separari. Adeoque pignus in hoc datur, ut distrahere liceat, si opus est, ut cum debitor creditori suo forte permisisset rem aliquam distrahere, si pecuniam non solvisset, responderit Papinianus, ea conventione pignus contractum videri: *L.* 3. §. *ulti. qui po. in pig. hab.* quasi hoc proprium pignoris esset, ut eo concesso, quod solius pignoris proprium est, pignus datum intelligeremus. Cum igitur pignore dato convenit, ne creditori distrahere liceret, ex eo quod praecessit, apparet non id actum esse, ne omnino liceret, alioqui pignus, pignus non erit, sed ut ne liceret statim, aut post unam, atque alteram frustrationem debitoris, aliquando tamen liceret. Semper autem non solum in emptis rebus & venditis,

Digitized by Google

ditis, ut Pomponius loquitur in specie non absimili, in *L. sed & Celsus. §. 1. de contr. empt.* sed in rebus omnibus; quæ consensu contrahuntur, non quod dictum, sed quod actum fuit, sequendum est. Quod si aliquando vendere licet, nihil caussæ est, cur non post extremam debitoris toties interpellati frustrationem, post id tempus denique quod iudicatis humanitatis caussa datur id facere liceat.

VI. Cum sit ergo hoc ius pignoris proprium, ut vendere id liceat, consequens est, cum id creditor suo iure faciet, debitorem obnuntiatione sua venditionem impedire non posse, de quo titulus in Codice, *debitorem vendit. pign. impedi. non posse*. Consequens est, quandiu non est integra pecunia creditori soluta, etiam si pro parte maiori ea fuerit creditor consecutus, rem obligatam totam distrahere posse, quia non nisi omni pecunia soluta pignus esse desinat, *L. quamdiu, C. de distr. pignor. L. si rem §. omne, de pign. act. L. arbiter L. ult. D. hoc tit.* Postremo & hoc consequens esse apparet, cum pluribus rebus pignori obligatis, vel generali obligatione omnibus, singula pignoris iure teneantur: *creditoris arbitrio permitti ex his rebus, quibus velit distractis, ad commodum suum pervenire: L. creditoris D. de distr. pign.* Quod tamen ex constitutione divorum fratrum in eo, qui specialiter quædam, & universa bona generaliter pignori accepit, quamvis æquale ius in omnibus habeat, ita temperandum est, ut si certum sit, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum debitum redigere: ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepta sunt, non possint auferri, nedum, distrahi. *L. 2. C. de pign.* Creditorem pignus vendere posse constat,

VII. Videndum est, an statim possit, & omnino quando possit. Et quidem si convenit, quando distrahere liceret, id servabitur, ut ante non liceat. *L. si necessarias, §. si anima, D. de pign. act. L. cum solvendæ, D. de distr. pign.* Si nihil dictum est, cur cessante debitore statim distrahi non possit, nihil est impedimento, & ita constitutum est. Gordianus in *L. si cessante, C. eo. titu. Si cessante solutione creditor non reluctante lege contractus ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est.*

VIII. Sed interpretes vulgo constitutione Iustiniani, quæ est de iure dominii impetrando, hoc ius esse emendatum censent, putantque non ante biennium, quam debitor interpellatus est, & cessavit, pignus posse distrahi, ubi de distrahendo nihil convenit. His enim ipsis verbis loquitur in ea constitutione Iustinianus quæ extat sub *tit. de iure domin. impetr. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debeat pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem, & debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intervenerit, licentia dabitur fæneratori ex denuntiatione, vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum eam vendere. Sin vero nemo est, qui comparare eam voluerit*, & quæ sequuntur. Mihi autem cur Iustinianus ius vetus in ea re emendare vellet, nulla caussa fuisse videtur, imo vero & durum id, & iniquum est, Nam quo tandem creditori rem pignoris iure possidere, ut tam longum tempus expectare iubeatur, nec ante possit ius suum consequi? Quid enim si debitor solvendo non sit? Et ideo illi ipsi contrariæ sententiæ defensores Itali testantur aliud consuetudine publica Italiæ observari. *Accur. in d. L. ulti. C. de iur. dom. impetr.* Videamus igitur ne Iustiniani constitutio ad eos tantum pertineat, qui ius dominii impetrare velint in pignore. Quod mihi omnino videtur, ut sit sensus, eos, qui dominii ius impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse; biennio autem exacto non statim id posse facere, sed prius rem venum exponere, & distrahere, si licebit: sin minus, tum deinde impetrare a principe, ut res dominii iure possideatur. Quod ergo ait Iustinianus, licentia erit fæneratori post biennium rem vendere, non simpliciter dictum intelligendum est, sed ad aliquid, & cum distinctione, ut sit sententia: licebit post biennium vendere ad hoc, ut si res venum exposita post id tempus emptorem non reperiat, tum ad dominii ius impetrandum progredi possit creditor. Nec longe huic sententiæ argumenta repetantur. Iustinianus initio eius constitutionis profitetur, se formam in dominii iure impetrando, & proscriptione publica, quæ olim fieri in ea re consuevisset, immutare velle. Id etiam titulus, sub quo illa constitutio relata est, loquitur. Olim quoque si quis rem dominii iure possidere vellet, & publice proscribere, & annum expectare creditor debebat, intra quem debitor pignus luere posset, ut constat ex principio eiusdem

con-

constitutionis. Neque tamen ideo efficitur, idem in omnibus observari debuisse, qui non dominii ius impetrare vellent, sed solum rem distrahere. Ne nunc quidem cum Iustinianus formam ei rei dare sua constitutione voluerit, sic accipere debemus, ut qui suo iure uti, & pignus distrahere voluerit, non dominii iure possidere, primo quoque tempore cessante debitore, non id possit facere. Postremo cum ius id olim fuerit, ut statim distrahere liceret ei qui rem dominii iure possidere non postularet; nisi appareat, Iustinianum nominatim hoc ius emendare voluisse, manere id iudicandum est.

IX. Iam videndum, quam formam in distrahendo creditor observare debeat: Nam solemniter vendere iubetur. *L. quæ specialiter, C. eo. tit.* Et hæc est huius iuris summa. Creditor bona fide distrahere pignus debet. Id in eo positum est, ut & rem proscribat, quo facilius emptorem reperiat: & cum proscribit, aut alias res recte vendit, notum debitori faciat, ut quodcunque gerit, quantum licet, testato debitorem admoneat scilicet ne aut minoris vendat, quam quanti res est, aut cum tanti vendiderit, debitorem id celet qui fortasse idoneos etiam magis emptores dare potuerit. Quod his prætermissis a debitore factum est, contra bonam fidem fieri dicimus. *L. creditor. L. quæ specialiter, C. eo. titu. L. cum contra, C. si vend. pign. agat.* Sed hæc omnia ideo a creditore exiguntur, ne ipse postea debitori iudicio pignoratitio teneatur, quo iudicio quicquid est, quod creditori imputari potest, cur res iusto pretio non sit vendita, præstare cogitur.

X. Cæterum his prætermissis etiam venditionem valere argumento, est, quod in creditorem hoc casu actio datur, non emptorem, nisi subsidio, si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit: neque id semper, sed ita demum si probatum fuerit, eum fraudis cum creditore participem fuisse, cum sciret illa prætermitti, nec tanti res venderetur, quanti esset. *L. si cessante, C. eo. tit. L. 1. L. 4. C. si vend. pig. aga.* Ex quo apparet iudicio restitutorio hoc fieri; in quo caussæ cognitione ad rem repetendam opus est, idque ex illa clausula edicti de maioribus 25. annis in integrum restituendis: *si qua mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam. L. 1.* in fin. *ex quibus causs. maio.* Alioqui si dominium in emptorem non transferretur: neque id a debitore recederet, & quia dominus esset, sine ulla exceptione rem suam a possessore auferret.

XI. Deinceps quid valeat ea venditio, & quid in emptorem transferatur, dicamus. Et cum creditorem ius distrahendi habere statuamus ne frustra sit venditio, nimirum re ipsa hoc dicere intelligimur, dominium in emptorem tam transferri, quam si debitor ipse vendidisset; si modo is dominus fuerit, & omnino quod ille iuris habet, id transferri. *L. non est novum, D. de acqu. rer. dom.* Nec quis miretur, eum dominium transferre, qui dominus non est. Voluntate enim debitoris, eiusdemque domini id efficitur, non proprio aliquo creditoris iure. In princ. *titul. quib. alie. vel non.* Id hanc vim habet, ut quamvis emptori pecunia postea offeratur, vel a debitore, cuius res erat, vel a creditore secundo, cui eadem res erat obligata, non possit tamen ab emptore avocari. *L. 3. hoc tit. L. 1. C. si antiq. cred.* Hoc enim consequens est regulæ iuris, qua efficitur, id quod nostrum est, ab invitis non recedere, & ad alium transferri. *L. id quod nostrum. D. de reg. iur.*

XII. At enim dixerit hoc loco aliquis, pretio a creditore accepto, creditor dimittitur. Sic fit, ut quasi solutione eius, quod debetur, certe quidem eius obligationis, quæ fuerat, liberatione, pignus quoque liberetur, ut iam illud quoque consequens sit, debitorem, si pecuniam offerat, rem suam pignore sublato posse avocare. Denique solutione eius, quod debetur, debitori pignoratitia actio nascitur. Hic respondebimus idem, quod Martianus scribit in *L. solvitur, §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* cum ius obligationis vendidit creditor, & pecuniam accepit, nihilominus manere omnes obligationes integras: quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine.

XIII. Quod tamen dicimus pecuniam emptori a debitore offerri non posse, non est perpetuum. Quid enim si in distrahendo pignore lex dicta sit, ut si pecunia emptori offeretur, pignus recipere liceret? Sed conventio duplex esse potest. Potest enim ita pacisci creditor, ut liceat sibi reddere pecuniam, & pignus recuperare. Potest etiam ita, ut si ab ipso debitore intra certum tempus pecunia offeratur, ipse rem suam recipiat. De priore non dubitatur quin valeat, ut ipsi, qui pactus est, ex sua pactione, aut ex empto, aut præscriptis verbis detur actio: *L. 2. C. de pactis inter empt.* quam ipsam deinde cedere debebit debitori. *L. si creditor*

ditor in prin. *hic* De posteriore, an aliquid egerit dubitatio est. Nam alteri frustra paciscimur, propterea quod neque ipse creditor ex ea agere posse videtur, qui sibi cavere noluit, neque debitor, in quem pactio collata est, quia ei creditor cavere non potuit. Ut enim alteri per alterum, qui in potestate eius non sit, quaeratur actio, regula iuris non patitur. *L. multum, C. si quis alteri vel sibi. L. quicunque D. de oblig. L. ita stipulatus, §. Chrysogonus, D. de verb. oblig.* Sed extant de hac pactione responsa Ulpiani, & Martiani, ut utrique in proposito actio danda sit, & creditori, quam debitori cedere cogatur, & debitori ipsi, qua ille utatur suo iure, etiam si a debitore cessam non acceperit. *L. si cum venderet, D. de pig. act. d. L. si creditor. 2. resp. hoc tit.* Et recte. Nam primum quod diximus inutiliter nos stipulari alteri, aut pacisci, ut ipsi quidem, qui pacti sumus, agere ex ea pactione possimus, ita verum est, si nostra non intersit. Quod si quid intersit, magis nobis stipulati esse, quam alii videmur, & ideo etiam inde agi potest. *L. stipulatio ista, §. si stipuler. D. de ver. obl.* interest autem creditoris distrahentis, cum certa lege vendiderit, quam alii ex bona fide iudicio pignoratitio praestare debeat, aut legem eam servari, aut rem apud emptorem non manere. Quam actionem si cedat debitori, liberatur. Quod autem in hac specie debitori ipsi actionem damus actionem in rem Ulpianus intelligit, *d. L. cum venderet, D. de pig. act.* aut quoniam dominium apud debitorem mansisse intelligitur ex conventione & facto creditoris, actionem in factum conceptam, qua per narrationem eius, quod factum est, debitor id consequatur, ut secundum conditionem quam probat evenisse, emptione rescissa rem suam recipiat. Nec vero, quo minus id fiat, regula iuris est impedimento. Vetat enim regula iuris, alteri per alterum actionem acquiri. Et sane ex empto actio debitori, qui non vendidit, ex contractu alterius competere non potest. Nunc actio in rem debitori datur, haec autem illi non acquiritur, sed quae iam ante illius fuerat, retinetur, quod regula non prohibet. Ut enim creditor, si omnino rem non venderet, eo modo rem suam domino retineret; ita si certa lege vendiderit, qua eveniente emptio rescinderetur, ea lege ipsa debitori recte retinebit.

XIV. Sed etsi nihil convenerit, ut rem pecunia oblata, quae depensa est, recipere liceret, quidam sunt, quibus a debitore recte pecunia offertur, quamvis rem emptionis titulo a creditore possideant. Hi autem sunt, fideiussor debitoris, qui nomine illius conventus officio iudicis consecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet, item secundus creditor cui eadem res obligata erat, qui a priore emit. *L. cum secundus, §. ult. hoc tit.* Fideiussor, quia non tam a volente creditore ipse volens rem emptionis titulo habet, quam necessitate iuris & officii, quo debitori mandati iudicio tenetur, a creditore, qui cogebatur transferre, eam suscepit, quae necessitas in utroque, emptioni, quae consensu perficitur, contraria est. *L. 2. hoc tit.* Secundus creditor, quia a priore creditore pignus liberans, non tam acquirendi domini quam servandi pignoris sui caussa pecuniam dedisse intelligitur. *L. cum posterior, eod.* Ita quid illi egerint, ex genere, & qualitate personae coniectura ducitur quod scilicet illi non tanquam quilibet e multis, sed ille quidem tanquam fideiussor, hic tanquam creditor secundus emerint. Quid in emptorem creditor transferat, pignus distrahendo, diximus. Id quod ad ius creditoris in pignore intelligi, prope satis est.

XV. Sed quoniam in hoc negotio distractionis non solus emptor versatur, sed etiam venditor, id est creditor, isque aliquid praestare debet, & praeterea, quod ex venditione percipitur, ad pecuniam consequendam, quae debetur, eoque etiam ad debitorem liberandum pertinet; ut quid in hac emptione iuris sit, intelligi possit, quaeritur sive res nondum tradita emptori sit, sive ea sit aliena, quatenus creditor ex ea caussa emptori teneatur, tertio loco re distracta, an debitor ea re liberetur. Quid creditor pignore distracto emptori praestare debeat, quaestio in conventione, & eo quod actum fuit, posita est. Refert enim, an rem tanquam suam creditor vendiderit, an iure pignoris, sive quod idem est, iure creditoris tanquam sibi oppigneratam. Si tanquam suam vendidit; quod reliqui venditores emptoribus actione ex empto praestare debent, idem in hac specie creditor praestabit, puta evictionem, si res aliena erit, & quae eius actionis natura continentur *L. ex empto, D. de acti. empt.* Si iure creditoris vendidit, lex venditioni dicta est, ut quoniam ius suum vendit creditor, nihil amplius, quam ius pignoris, quod habet cedere debeat. Hoc igitur saltem praestare debebit, rem sibi oppigneratam esse, & hypothecariam

cariam cedere, rem etiam tradere, si possidet. Quod si forte res aliena erit: ipse quidem si ex alia caussa de ea re quæstionem moveat, audiendus non est. Ut enim cætera non præstet, bonam fidem certe præstare debet. Verum si res ab alio evicta sit, emptor ob evictionem rei ad venditorem redire non poterit, ne de pretio quidem. *L. pen. L. etsi is h. tit. L. ex empto, §. sententiam, D. de act. emp.*

XVI. Quicquid autem ad creditorem ex ea re pervenerit, id debitori ad liberationem proficiet. Hoc enim erat tertium, de quo quærebamus. Etiamne si res aliena sit, quæret aliquis, eaque, quæ ab emptore iam evicta sit? Nam hoc casu etsi pretium manebit penes creditorem, de quo ob evictionem conveniri non potest, si res iure creditoris vendita sit: tamen verum est, eam pecuniam neque a debitore solutam, neque ex re eius ad creditorem profectam. Et dicendum est, quod Triphoninus definit. *L. rescriptum. §. 1. h. tit.* Quicquid occasione pignoris redactum est, quodcunque id est, æquius esse debitori proficere, quam creditoris lucro cedere: credo, quia id a debitore profectum viderі debeat, a quo etiam acquirendi caussa nata est: ut hoc modo debitor, qui ex re aliena liberatus est, vel domino rei, nondum re evicta, vel emptori post evictionem teneatur, quasi ad quem alienæ rei pretium pervenerit. Sed quantum inde pervenerit ad creditorem, eatenus inquam, debitor liberabitur. Quod si quid minus creditor consecutus est quam debebatur, sive quod pignus idoneum non esset, sive quod res aliena data esset, quæ ea lege vendita est, ut ea evicta pretium emptori restitueretur, dicemus debitorem distractione pignoris non liberari. *L. quæsitum, §. ulti. L. rescriptum*, in fin. *h. tit.* Quin etiam si pignus idoneum, nec alienum venditum sit, creditor tamen pretium ab emptore servare non possit; bene Paulus existimavit debitorem manere obligatum, si modo nulla culpa creditori imputari posset; idque superioribus consequens est. *d. L. quæsitum, h. tit.* Et generaliter recte definietur pignore distracto, quod ad creditorem inde pervenerit, aut per eum factum sit, quo minus perveniret, eatenus debitorem liberari.

CAP.

C A P. XI.

De iure Dominii impetrando, & pactis pignorum.

Creditor nec rei pignoratæ fructus lucrari, nec ipse per se pignus in solutum retinere potest iure dominii. I.
Sed hoc a Principe impetrandum; & quæ in eo forma servanda. II.
Immo nec pactio ut id creditori liceat, iniri potest initio contractus; & quare. III.
Secus si de eo convenerit post pignus acceptum. IV.
Potest nihilominus ab initio pacisci debitor ut liceat creditori pecunia ad diem non soluta habere emptum pignus iusto pretio. V.
An possit iniri pactio ut creditor pignoris fructus lucretur. VI.
Pignus non extingnit aut imminuit obligationem; quid ex eo consequens. VII.

I. CUM sit ius illud tantum duplex in pignore, quod diximus, vel ut possidendo pignus, vel ut distrahendo, ex ea re id possit consequi, quod sibi debetur apparet neque fructus lucrari eum rei pignoratæ, quandiu possidet, neque in potestate eius esse rem dominii iure pro pecunia debita retinere, distrahere enim iubetur & alienare. De quo extat Diocletiani & Maximiani rescriptum sub *tit. de bo. autho iud. poss.* in hæc verba: *Pro debito creditores addici sibi bona debitoris sui non iure postulant.* Ac paulo post. *Si specialiter, vel generaliter nemini probentur res obligatæ, ac sine successore debitor, vel hæres eius decessit, non dominii rerum vindicatione, sed bonorum possessione itemque venditione, æquali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli æquum est.* Item aliud eorundem Imperatorum haud paulo planius sub titulo de *distract. pignorum*. Quo ostenditur, creditorem nec per se pignus tanquam sibi emptum adiicere posse, nec sub imagine alterius personæ emptum retinere, quia ea fraude detecta debitor pecunia oblata quandoque rem suam possit recuperare. Rescripti initium est; *Et qui sub imagine.* Sane in causa iudicati, quia res non a creditore, sed per officium eius, qui ita decrevit, venditur, si emptor alius non existat; aut existat quidem, sed non iustum pretium offerat, creditor ad licitationem ex constitutionibus admittitur, & cuiuslibet alterius exemplo emere potest & merito; quia illo modo non a se, sed officio iudicis, qui distractioni præest, res emitur. *L. 2. C. si in cauß. iudic.*

II. Quid ergo si in pignore conventionali, cum res esset a creditore venum exposita, ea emptorem non reperiat? Hic rebus omnibus aliis, & remediis destituto creditori subsidio concessum est, rem dominii iure possidere. Sed hoc a principe impetratur. Cui rei impetrandæ certa forma & tempus præscriptum est Iustiniani constitutione, quæ extat sub titulo, *de iure dominii impetrando*. Cuius fere hæc summa est: Dominii ius ante biennium, quam debitori denuntiatum est, ut solveret, impetrari a principe non posse. Sed & eo transacto prius necesse esse, rem venum exponat debitor; si distrahere possit, distrahi debere. Si nemo emat, tum ad dominium impetrandum progredi posse, si modo ante debitor admonitus sit, ut solvat, neque fecerit. Quæ cum præcesserint, iam a principe impetrari posse, ut rem possidere liceat; quo impetrato, rem ita fieri creditoris, ut tamen intra biennium, quam rescriptum principis de ea re impetratum est, debitor rem suam recipere possit, si pecunia quæcunque debeatur, & quod creditoris interest, quod citius non solverit, & sumptus qui in dominio impetrando facti sunt, offerantur. Post id exactum tempus rem pleno iure effici creditoris, hac lege, ut si pluris res valeat, quam debetur, id præstandum sit debitori; si minoris, id quoque creditor a debitore consequatur.

III. Quod cum constet, neque creditorem fructus rei pignoratæ lucrari, neque rem ipsam dominii iure insolutum retinere posse; videmus, nihilne ad hæc adiicere possit, atque in his mutare debitoris conventio, qui tempestivus videtur de pactis pignorum quærendi locus. Ac de re ipsa sciendum est, adeo creditori pignoris iure nihil, nisi rem ex commodo utriusque vendere licere, ut ne illa qui-

quidem pactio servanda sit, si ab initio convenerit, ut si intra statutum tempus pecunia soluta non sit, creditor pignus in solutum, aut in partem pecuniæ sibi habeat. Hæc est enim illa pactio, quæ lex commissoria in pignoribus appellatur, quæ nominatim lege Constantini improbatur. *L. ult. C. de pac. pig.* Sic dicta ad similitudinem legis commissoriæ in venditionibus, qua id agitur, ut si ad diem pecunia soluta non erit, fundus sit inemptus. *L. 2. de leg. commis.* Ut enim illa efficitur, ut pecunia ad diem non soluta, statim dominium rei emptæ emptoris esse desinat, pœnæ loco, & venditoris esse incipiat; sic illa de pignoribus lege id agitur, ut pecunia creditori non soluta, dominium rei debitoris esse desinat, & continuo creditori pœnæ cuiusdam caussa committatur. Verbi ratio, ex commissis in vectigalibus ducta videtur. Fraudati vectigalis poena est, ut res, quas mercator professus non est, & quarum nomine vectigal pendere debebat, ipso iure fisco vindicentur. Hoc fisco committi dicimus, quasi dicas, tradi & addici fisco ob commissum. Et commissa, quæcunque in ea caussa sunt, ut ob delictum statim desinant esse eius, qui crimen admisit, dominiumque rei fisco vindicetur. *L. si fraudati, L. commissa, L. interdum, tota D. de publician.* Inde quacunque pactione id agitur, ut si quid contra, quam cautum est, factum erit, dominium rei ab eo, qui contra facit, recedat, & paciscenti committatur, id est, poenæ caussa, & ob admissum vindicetur; lex, sive pactio commissoria appellatur qua lege res in commissum recidit, fraudato fisco. Hæc autem lex ideo in pignoribus infirmata est, ut captionibus creditorum occurreretur, ne per occasionem res debitorum pro pecunia pusilla ad se avocarent. Quod facile futurum erat, si hæc lex reciperetur. Nam creditores cupiditate ducti rei acquirendæ, semper hanc legem adiecerint; debitores autem pecuniæ accipiendæ necessitate districti neque hanc, neque aliam quamlibet legem recusent, ut pecuniam, qua indigent, accipiant, dum sperant se pignus posse intra præstitutum tempus luere.

IV. Quod tamen pignoris lege ab initio effici non potest, nihil prohibet quo minus re iam contracta mutua voluntate efficiatur: ut res obligata, vel certo pretio empta, vel in solutum maneat ad creditorem. *L. cum Titius, D. de pig. acti. L. cum dominam, C. de pignor.* Nulla enim nunc necessitate pecuniæ accipiendæ debitor premitur, qui pecuniam iam habeat, qua utatur, & potest creditori, si velit, in solutum non dare.

V. Sed nec illa pactio improbanda est, si ab initio ita convenerit, ut si intra certum tempus pecunia soluta non sit: creditor rem emptam habeat, non ea quantitate, quæ debetur, sed iusto pretio tunc æstimandam. Quin venditio sub conditione contracta intelligitur, & ea conditione, quæ rem non pro ea pecunia, quæ debetur, debitori auferat, ut lex commissoria facit, sed iusto pretio. Valebit igitur eo modo, quo cæteræ omnes sub conditione contractæ. *L. si fundus, §. ulti. h. tit.* Nisi forte quis putet, ideo huiusmodi venditionem non valere, quia pretium generaliter alieno arbitrio permissum est, quod nihilo rectius fit, quam cum merces in locatione generaliter in alienum arbitrium confertur, quia incerta est. *L. si merces, D. locati.* Sed hoc movere nos non debet: illa enim verba, *iusto pretio*, faciunt, ut res in arbitrium boni viri collata esse intelligatur. Iustum enim est, quod vir bonus arbitraturus est, nec potest bonus vir nisi quod iustum sit, arbitrari. Porro arbitrium boni viri nec incertum, nec indefinitum est. *L. 1. de legat. 2.* Certum est enim tanti illum, quisquis est, æstimaturum, quanti fundus peritis æstimatoribus earum rerum valeat. Ex quo efficitur hanc venditionem non sic alieno arbitrio esse permissam, ut incerta sit.

VI. Nunc de fructibus rei videndum, an si quid tale convenerit, ut creditor eos lucretur, rata habenda sit conventio. Sed non dubium est, unicuique licere tantum de suo alteri concedere, quantum velit, modo ne quid in fraudem legis faciat. Constat igitur, (*) ἀντίχρησιν *id est mutuum rei usum pro pecunia credita tribui posse:* sed hactenus, ut ad modum usque legitimum usurarum fructus percipiat creditor, ne quid in fraudem usurarum fiat. *L. si is qui, §. 1. L. 1. §. pacto, D. de pign.*

VII. His de iure creditoris constitutis, quid ille de pignore possit statuere, si velit, nemini incertum erit. Sed cum animadvertet sic pignus a debitore dari, ut habeat creditor, unde illi pro debito satisfiat,

(*) Quod de ἀντιχρήσει hic ab auctore dictum, attemperatum est ad rationem iuris Civilis; quod est hac parte a iure Canonico emendatum. *Cap. 1. & per totum Extr. de usur.* vide Gonzal. *in Comment. Cap. 6. Extr. de pignor. n. 13. ibique laudatos.*

Digitized by Google

tisfiat, dubitabit fortasse, num creditor, quasi eo accipiendo pro debito contentus fuerit, amplius requirere nihil debeat, nec possit debitorem amplius appellare. Quid enim, si pignus distractum idoneum repertum non sit? Quid si debitor dicat se creditori pignoribus cedere? Et ut non sit hoc postulandum, cum pignus idoneum non est: saltem cum erit idoneum, non recte cogetur id distrahere, cum debitor aliunde solutum noluerit? Et adversus omnes huiusmodi dubitationes una de pignore notio generalis in promptu esse debet, pignus creditoris caussa dari, ut illi eo modo de pecunia credita caveatur, sic cum cautionis loco detur; obligationem, quæ præcesserit, eo modo augeri posse, nullo modo minui, quin si pignore uti nolit creditor, perinde sit, quasi nec datum fuerit. Recte igitur dictum est, creditorem, qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. *L. creditor si cer. peta.* Multo minus debitorem liberari, si profiteatur se pignoribus creditori cedere. *L. 1. C. de pignor.* Omnium minime, si sine culpa creditoris pignus sublatum fuerit. *L. servo, C. de pignor.* Num ergo cum pignus possit vindicare, & distrahere, id facere cogendus erit? Et cum hoc illius gratia caveatur, eo utetur, si volet: sin minus, non cogitur. *L. creditor C. de pig. L. quamvis, D. de pig. act.* Quod tamen de distrahendo pignore dixi, quomodo temperandum sit, Ulpianus docet. *L. 6. de pignor. actio.*

C A P. XII.

Qui potiores in pignore habeantur.

Transitio ad plures habentes eandem hypothecam; & de istorum prærogativa. I.
Cum res eadem pignori data est pluribus, interest, an simul, an vero diversis temporibus. II.
In priori specie, concurrere omnes in hypotheca; quot modis hæc pluribus detur, & simul; & quid iuris in singulis. III.
In posteriore obtinet regula: ut prior tempore, potior sit iure: posterius hoc explicatur. IV.
Hoc ius quid valeat, consequentium inductione ostenditur. V. VI. VII. VIII. & seqq.
Contrariis occurritur; & L. si qui 28. D. de iur. fisc. exponitur. IX.
Prior esse intelligitur in hypotheca, qui & pecuniam credidit prior, & simul hypothecam obtinuit; quid si non concurrat utrumque. X. XIII.
Convenerit autem de hypotheca pure aut in diem, perinde esse. XI.
Si hypothecæ conventio, aut debitum vicissim, cui illa accedit, a conditione pendeat; atque interim alii res pignori data: utri, & quæ noceat, aut prosit adiecta priori conditio. XII. XIV.
Quibus in casibus posterior tempore, potior sit tamen in hypotheca. XV.
De dotis hypotheca, an hæc prioribus tempore creditoribus sit potior, etiam expressam habentibus hypothecam. XVI.

I. IUs creditoris in pignore quodnam esset vel ad retinendum, vel ad persequendum, vel ad distrahendum, unde illi satisfiat, satis diximus. Quo iure si nulli alii eadem res obligata fuerit, solus sine controversia utetur. Nunc si forte pluribus eadem res pignori data erit, ne mutuo se se impediant, dum singuli hypothecam ad se avocant, de iis ut erat propositum, videndum est: utrumne inter se omnes concurrant, an alii aliis præferantur, & sint potiores: Quod si qui potiores sunt: sequitur etiam, ut quid iuris sequentibus relinquatur, & quatenus confirmetur, cognoscendum sit. Atque hoc demum loco, cum de omni iure creditoris exposuissemus, de prærogativæ ordine tractandum fuit. Necesse enim erat ante illud constitui, ius aliquod creditoris esse in pignore, & id quodnam esset, intelligi, quam in eo iure qui quibus potiores essent, quæreretur.

II. Cum ergo pluribus eadem res pignori datur, refert utrum simul pluribus obligetur an separatim diversis temporibus.

III. Si simul data est, concurrere omnes in hypotheca certum est. Alius enim alium in iure pignoris non prævenit. Sed hoc non uno modo accidit. Nam aut ita da-

Digitized by Google

tur hypotheca; ut singulis insolidum obligetur; aut ita, ut in partes æquas; aut simpliciter data est, nec aliud nominatim actum est. Si insolidum omnibus data est, omnium par in eo conditio est, ut si quidem singuli adversus extraneos agant, insolidum Serviana utantur; si concurrant, partes concursu faciant ut de pluribus legatariis traditum est, quibus singulis eadem res insolidum legata fuit. Cæterum inter ipsos si quæstio moveatur, possidentis melior erit conditio, ut scribit Ulpianus. *L. 10. D. de pignorib.* non quod hic velit disparem esse conditionem eorum, sed quod ex iure certo etiam in pari caussa potior est caussa possidentis. Sin autem id actum est, ut pro partibus res obligaretur, cum divisum sit inter creditores pignus, res expedita est, non plus singulos, quam partem dimidiam aut vindicare, aut possidere posse. *d. L. 10. de pignor.* Quod si nihil in utranque partem dictum est, magis est, ut non insolidum, aut partibus æquis, sed pro quantitate debiti pignus & vindicare & possidere possint: *L. si fundus, §. si duo D. de pig.* ut si fingas duobus eundem fundum pignori datum, quorum uni centum; alteri ducenta debeantur; in tres partes fundus dividetur, ex quibus duas feret, cui ducenta debentur, alter, unam, cui centum nimirum pro portione. Nam quæ ratio est unius ad duo, eadem est centum ad ducenta, nempe dupla: Atque hæc ita sunt, si pariter duobus pluribusve res pignori sit obligata.

IV. Sin separatim id factum est diversis temporibus, certum iure ultimo, quod & a me initio, edicto comprehensum est, eum iure potiorem esse, qui prius hypothecam accepit. Et hoc est, quod dicitur, qui tempore prior est, iure esse potiorem. *L. 2. L. 5. C. eod. tit.* Merito. Nam si huic ab initio ita res pignori data est, ut solus in ea re ius pignoris haberet, sequitur, ut rem eandem alii postea pignori dando debitor creditoris in eo conditionem deteriorem facere non possit non magis, quam alienando. *L. distractis. L. seq. C. de pig.* Iure potiorem sic accipimus, iure creditoris; non ut sequentibus res obligata non sit, sed ut prior creditor, sive cum aliis agat, & hypothecam vindicet, eam auferat; sive possideat, & cum eo agatur, exceptione tutus sit: sive rem vendat, Prætor emptorem adversus omnes tueatur. Hoc enim ius creditoris erat in pignore, ut antea diximus. *L. creditor* in prin. *h. tit. L. 3. D. de distr. pignor.* Generaliter autem, & sine distinctione ius ita conceptum est, eum iure potiorem esse; qui prius hypothecam acceperit.

V. Quibus verbis declaratur, quocunque modo pignus in persona creditoris constitutum sit, eum esse potiorem; qui in eo accipiendo prævenit. Quare nihil interfuerit; conveneritne de pignore inter debitorem & creditorem; an pignus auctoritate, ac iussu magistratus occupatum fuerit; vel ex caussa iudicati captum: an lege res pignori esse cœperit. *L. si & totv. D. tit. L. 2. L. 4. C. eod.*

VI. Sed nec illud dubitari debebit, quin is secundum supra scriptam regulam, cui generaliter bona obligata sunt; eo potior sit, cui specialiter aliquid ex iis bonis pignori datum est. Non minus enim generali oratione res singulæ obligantur; quam si de singulis specialiter convenisset. Erit potior, inquam ita, non ut illi de bonis debitoris prius satisfieri debeat, quam secundo, de quo nemo ambigit, sed potior in illa ipsa re vindicanda, & distrahenda quæ specialiter pignori data erat, quamvis ex cæteris rebus pecuniam suam redigere possit. *L. 2. h. tit.* Nisi forte primo quædam res specialiter obligatæ sunt, & præterea nisi eæ sufficerent, in eandem caussam cæteræ omnes generaliter, ex quo genere deinde secundo creditori quædam specialiter pignori datæ sunt. Nam hoc casu quandiu primo creditori de rebus specialiter illi obligatis satisfieri poterit, secundum conventionem ipse secundo creditori in cæteris non præferetur. Non quod secundum creditorem velimus esse potiorem contra regulam superiorem, sed quod deficiente conditione, sub qua cæteræ res generaliter obligatæ erant, iam non illi, ut quis dicat alium illo dici potiorem; sed soli secundo obligatæ intelligantur. Nam etsi secundus creditor nullus esset, tamen si secundum conventionem priorem ex rebus specialiter obligatis ei satisfieri posset, cæteras res generaliter obligatas vindicare non posset. *d. L. h. tit. L. 2. C. de pig.*

VII. Neque vero is, cui generaliter bona obligata sunt; præferetur ei tantum; cui postea aliquid ex iis rebus specialiter pignori datum est; sed etiam ei cui postea eodem modo bona generaliter obligata sunt, in iis quoque rebus, quæ post utranque obligationem quæsitæ sunt. *L. ult.* in prin. *hic.* Quod tamen secus videri potuit; propterea; quod qui duobus quamvis diversis temporibus bona sua; quæ habiturus est, obligat, una, eademque conditione ambobus obligat, si quid illi acquiretur. Cum ergo post utranque obligatio-

gatio-

Digitized by Google

gationem aliquid illi quæsitum fuerit, eodem tempore in utriusque persona pignoris conditio exitit, & ex eodem tempore utrique res obligari videtur. Ex quo efficitur, ut in hypotheca concurrere debeant, non autem alter alteri anteponi. Sed quod eodem tempore conditio exitit, nihil ad rem pertinet. Si separatim res obligatæ sunt, quamvis eadem conditione, dicemus eum qui cum prius convenit, secundo esse potiorem; quia cum conditio exitit, perinde haberi debeat, ac si eo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. *L. prior hoc tit.* Ex quibus intelligi debet, quod a Marcello ita scriptum est: *L. itemque §. ultim.* hoc titu. *Si tibi quæ habiturus sum, obligaverim, & Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius acquisiero, concurrere utrumque in pignore,* de duobus accipiendum esse, quibus eodem tempore ita res suas debitor obligarit. Nec quisquam putet, nullam hoc dubitationem habere, quod dicamus eos hoc casu inter se concurrere, cum eodem tempore, & eadem conditione debitoris res obligatæ essent. Hoc erat, quod in specie proposita dubitationem faciebat, quod in bonis debitoris, quæ tibi obligata sunt, illa ipsa pecunia erat, unde prædium Titio obligatum postea emptum est. Hoc igitur est, quod quæri potuit, videaturne prædium, quod ex pecunia soli tibi obligata emptum est, eius pecuniæ caussam sequi. Et Marcellus huic dubitationi occurrens ait, non multum facere, quod de suo nummos debitor dedisset, quippe cum res ex nummis pignoratis empta non sit pignori ob hoc solum, quod pecunia obligata erat.

VIII. Ut nihil refert, quod genus pignoris prius acceptum sit, ut qui prævenit, posterioribus præferatur, ita qui sint, qui posteriores contraxerunt, nihil retulerit, sed generaliter iure potior erit, qui prior tempore fuerit. Ita etiam fisco præferetur, qui prius cum debitore fisci contraxerit, quamvis privatus. *L. si pignus, hoc tit.* Et quo modo privatus, cui generaliter omnia bona obligata sunt, omnibus aliis sequentibus potior est, non tantum in iis rebus, quas tempore prioris obligationis contractæ debitor habuit, sed etiam in iis quas post priorem obligationem acquisivit, ita etiam fisco in eadem caussa præferetur, ut diserte a Scævola scriptum est in *L. ul.* in princ. *hoc tit.* Nam illud extra controversiam erat, privatum fisco præferri in iis, quæ debitori quæsita erant, antè quam cum fisco contraheretur. Quæ autem postea acquisita essent, quam cum fisco contractum est, dubitari potuit, an quia fiscus ante venisset, quam ea privato obligata essent, utpote nondum debitori quæsita idcirco ei anteponi deberet. Nunc autem hanc dubitationem sustulit Scævola; aperte definiens privatum, cui generaliter bona futura obligata sunt, in iis omnibus, quæ postea acquisita essent, fisco esse potiorem, & addidit nominatim; ne quis dubitationi esset locus, præferendum; donec debitum suum universum esset consequutus.

IX. Ergo iam contrarium esse quidam putabunt, quod in *L. 28. D. de iure fisci*, Ulpianus ita scribit: *Si qui mihi obligaverat, quæ haberet, habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea quæsita fiscum potiorem esse debere Papinianum respondisse. Quod & constitutum est, Prævenit enim caussam pignoris fiscus.* Nimirum illa verba, *cum fisco contraxerit*, sic accipiunt, cum fisco contraxerit postea, quam mihi obligaverat, quæ haberet, essetve habiturus. Unde ad illam distinctionem confugerunt; ut si quidem bona debitori quæsita essent post priorem obligationem; veruntamen ante, quam cum fisco contraheretur, in iis prior creditor fisco præferatur ex Scævolæ sententia. Sin quid postea acquisitum sit, quam cum fisco contractum est, in eo fiscus quamvis postea contraxerit, potior sit, quia in eo acquisitionem eius prævenit, & ideo etiam pignoris caussam. Quæ distinctio aperte superiore illo responso Scævolæ refellitur, qui primum creditorem in omnibus, quæ postea quæsita sunt, præferri ait, donec universum debitum suum consequatur. Nisi forte putamus in exemplo Scævolæ Seiam creditricem priorem fisco præferri propter favorem caussæ, ex qua pecunia debebatur, quia ex tutela Titius debitor ei condemnatus erat. At neque iam pecunia illa debebatur ex caussa tutelæ; sed iudicati, nec si in ea caussa ullus esset favor, ideo pignus illi constitueretur, ubi sua conventione nullum haberet. Postremo cur Seia præferatur fisco, non in eo caussam Scævola esse vult, quod pecunia ex illa caussa deberetur, sed quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, novatione facta, conventione successisset. Sed profecto nihil hic contrarium est. Nam in responso Ulpiani verbum illud, *contraxerit* non futuri temporis est, sed præteriti, ut sit sensus. Si qui mihi obligaverat quæ haberet, habiturusve esset, cum

fisco

fisco contraxerit, id est, iam ante contraxerit, quam mibi obligaret, quæ habebat, hoc casu Ulpianus id confirmat, quod de privato ante diximus, ut si fisco bona omnia generaliter obligari cœperint, is omnibus sequentibus præferatur, quibus omnia bona eodem modo obligata sunt, etiam in iis rebus, quæ postea quæsitæ sunt, quia fiscus pignoris caussam prævenit, tametsi privatus rerum acquisitionem præverterit. In quo Ulpianus iure privati fiscum uti ostendit. Cur ita accipi illud verbum debeat, & ratio Iurisconsulti, qua utitur, manifeste declarat, & illud in primis, quod de hac sententia constitutum esse dicit. Ratio hæc est. Prævenit enim caussam pignoris fiscus. Prævenire caussam pignoris nihil aliud est, nisi prius caussam pignoris occupasse, ut in illo accipiendo tempore prior esses. *L. 2. C. qui pot. in pign. hab.* Quod si fingeremus postea debitorem cum fisco contraxisse, illud dicere possemus fortasse, utrunque in pignore concurrere, quia ex eadem conditione utrique res futuræ obligatæ essent tam primo creditori, quam fisco; illud nequaquam dicere, nisi absurde possemus, fiscum prævenisse primum creditorem, cum illi multo ante bona illa generaliter essent obligata. Quod autem constitutum id esse ait, constat hoc ius rescripto Antonini de fisco constitutum esse, ut præferatur in ea caussa, cum prius debitor cum ipso fisco contraxit, eadem illa ratione, qua Papinianus utitur, quia fiscus prævenit pignoris caussam. Extat rescriptum, *L. 1. C. de privileg. fisci:* ut appareat vel illam esse constitutionem, qua intelligit Ulpianus id esse constitutum, vel ei iuri, & rationi tunc solum locum esse, cum fiscus ante contraxit. Sed si fiscum solum præferri dicemus secundo creditori, cum prius cum illo contractum est, quæ tandem potuit afferri dubitandi caussa, cur non deberet, cum esset prior? Eadem quæ in privato. Nam cum & fisco generaliter bona debitoris pignori obligata sunt, & secundo creditori manifesta conventione, id est, ambobus eadem conditione, si quæ postea quæsita essent debitori, dubitari potuit, an si quid post utranque obligationem quæsitum esset, fiscus & privatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et quidem multo iustius in fisco, cui tacite bona debitoris obligantur, non manifesta aliqua conventione. Et quemadmodum in privato, sic in fisco, cum quo prius contractum est. Ulpianus ostendit fiscum præferri, non concurrere. Ideo quia prævenit hoc quoque casu pignoris caussam. Cur ergo ait præferri fiscum in re postea quæsita, cum hoc sensu in omnibus aliis iam quæsitis, & quidem multo magis præferatur nisi quod hoc ostendere voluit fiscum in re tantum postea quæsita esse potiorem, in cæteris quæ ante contractum eius acquisitæ sunt, non esse ideo, quia fingere debemus, alium creditorem prius contraxisse, & ob id eum præferendum in rebus antea acquisitis? Nullum vero hoc argumentum est cum privato prius contractum esse. Ideo enim de re postea quæsita tantum dicit Ulpianus, etiam tum, cum prius fiscus contraxit, quia de ea, quæ post utramque obligationem quæsita est, sola erat dubitatio, cum eius acquisitionem secundus creditor antevertisset, atque ita videri posset ipse quoque quanvis posterior, pignoris caussam in ea re prævenisse.

X. Solum ergo hoc iam relinquitur, videamus quis prior hypothecam acceperit. Et si in hypotheca, omnique pignore, quod consensu contrahitur, præterquam, quod rem in bonis debitoris esse necesse est, etiam illa concurrere debent, ut & de pignore convenerit, & ei pignus datum sit, qui pecuniam crediderit, cui quid debeatur. (Nam sine principali obligatione, cui pignus accedat, pignus nullum est) dicendum est, eum, quem potiorem esse, volumus, non solum hæc facere debuisse aliquando, ut hypothecam habeat: sed etiam necesse esse, ut prius utrunque fecerit, ut potior sit iis, quibus eadem res pignori data est Hoc enim exigimus, ut prius hypothecam acceperit, & in ea accipienda, quibus modis accipitur, cæteros prævenerit: Quid ergo, si primus creditor, qui sine hypotheca credidit, aliquanto post hypothecam quidem accepit, sed post secundum, qui utrunque fecit? Dicemus hunc in hypotheca esse posteriorem quia hypothecam postea conventione acceperit. *L. creditor, §. si primus, h. tit.*

XI. Satis est autem de hypotheca ante convenisse vel pure, vel in diem, ut sequentibus, quibus eadem res ante diem forte obligata est, potior sit. Obligationis enim in diem conceptæ dies statim cedit. *d. L. creditor, §. si primus, L. qui balneum. hic.*

XII. Unde num idem probandum sit, si ante de hypotheca convenerit sub conditione, & pendente conditione eadem res alii pignori data sit, ac deinde postea conditio extiterit, dubitari potest. Et si quidem ea conditio fuit hypothecæ, quæ nisi volen-

volente debitore impleri non posset, dicemus non tempus obligationis contractæ esse spectandum, sed id, quo conditio extitit, quod cum postea factum sit, posterior creditor in hypotheca prior, & ideo etiam potior erit. Cuius rei exemplum hoc est apud Caium expositum, in *L. potior*, §. *si colonus*, h. tit. *Colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent*, in quo inest conditio, si inducantur, si nascantur. *Ante quam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligavit, tunc deinde eam in fundum induxit, potior erit*, inquit, *qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed eo, quod inducta res est, quod posterius factum est* & quidem voluntate eius: quoniam nisi vellet, neque induceretur quicquam, neque nasceretur. Quod si ea fuit conditio, quæ invito etiam debitore existere posset: utemur in hac re Africani & Caii regula, ut quoniam iam a principio in ea caussa res esse coepit, ut volente debitore ius pignoris in ea re vitari non posset, potior sit prioris caussa: scilicet ut cum semel conditio extitit, perinde habeatur, ac si illo tempore, quo pactio interposita est, sub conditione facta esset. *L. qui balneum*, *L. potior*, *D. hoc tit.*

XIII. Quid si e converso prius convenerit: ut res alicui pignori essent, quo tempore nondum pecuniam crediderat, quam post secundum creditorem, qui hypothecam accepit, credidit? Consequens est, hunc quoque secundo esse posteriorem, quia non ante res illi pignori esse incipiat, quam coeperit ei pecunia deberi. *d. L. potior*, *hoc tit.*

XIV. Hinc de eo quæsitum est, cui quid sub conditione debetur, non quod pignus si quod ei datum sit ante, quam conditio extiterit, illi teneatur. Initio enim effectum est non teneri. Sed hoc quæritur, si conditio existat, utrum nunc primum creditor esse incipiat, an vero iam ante a principio contractæ obligationis fuisse intelligatur. Quorsum id? Quia si ante quoque creditor fuit, & illi pignus datum est, quamvis pendente conditione alii eadem res pignori postea data sit: is tamen potior erit, cui sub conditione debebatur. Si non fuit creditor, is erit potior, qui prius, quam existeret conditio, pecuniam credidit, & in eam caussam pignus accepit. Et est in hac re illa distinctio a Iureconsultis magno consensu usurpata, & tradita, quod facile varia eorum responsa, quæ in hac quæstione versantur, his titulis, declarant, quam eandem paulo ante in eo, qui hypothecam sub conditione accepit, tenendam esse diximus; ut si cautione interposita in ea caussa debitor esse coepit: ut obligationem sua voluntate depellere non posset, quæ ex eventu penderet, conditione eveniente, non nunc demum obligari intelligatur, sed retro ex eo tempore, quo res primum sub conditione contracta est. Sin ea conditio fuit, quæ invito debitore impleri non posset; ut fuerit in potestate eius, obligationem suscipere, aut non suscipere; ibi ex eo tempore & principalis obligatio, & pignoris contracta videatur, ex quo debitoris voluntate conditio impleta est. Utrunque optima ratione. Est enim obligatio iuris vinculum, quo necessitate astringimur. Vere igitur dicetur eum iam principio fuisse obligatum, cui iam inde liberum non fuit a contractu recedere; nec efficere ullo modo, quin teneretur. Contraque in quo hæc necessitas non est, perspicuum est ex eadem definitione hunc non obligari; ut de eo responsum est, qui pecuniam accepturus, eam se redditurum promisit, cum accepisset, & iam tum pignus in eam destinavit. *L. qui balneum*, *L. potior*, *hoc tit. L. Titius*, *D. quæ res pig. ob. poss.* Prioris autem generis cum alia multa exempla sunt, tum illud præcipue notandum est: quod apud Papinianum hic extat. *L. 1. Qui dotem*, inquit, *pro muliere promisit, pignus, sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit. Subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuæ quantitatis numeratio impleta est.* Quæsitum est de pignore. In hac hypothesi priusquam longius progredimur, duo observanda sunt, quibus observatis nihil negotii erit, quale sit, quod Papinianus respondet, & cur ita respondeat, iudicare. Primum est, maritum in specie proposita dote sibi a socero constituta dotis debitorem fuisse, sed debuisse sub conditione. Fuit enim hæc obligatio; ut soluto matrimonio dotem hanc redderet, cum accepisset. In quo inest hæc conditio, si modo accepisset, si ei enumerata esset. Nam ita reddere debet, si acceperit. Alterum observandum est, pendente adhuc ea conditione, maritum eandem rem pignori alii dedisse, quo tempore scilicet nondum dos tota marito numerata erat. Quid igitur in hac specie respondet Papinianus? Socerum, qui dotem promiserat, & pignus ante acceperat, secundo creditore, cui pendente conditione eadem res obligata erat, esse potiorem. Cur, cum

eum ante sub conditione debuerit, & fieri potuerit, ut dos non numeraretur? quia non ea fuit conditio, sub qua maritus dotem restituere debuit, quæ non nisi volente illo impleri potuerit. Non enim fuit in eius potestate dotem non accipere, cum numeraretur, ut nisi vellet, eam restituere non cogeretur. imo vero ut non offeretur, ultro tamen petere eam debuit. Esset hoc in potestate eius, si ipsius solum commodum in ea re ageretur. Nunc autem mulieris commodum in ea re versatur, quam indotatam esse non convenit. Unde si quid per maritum factum sit, quo minus dotem haberet, semper illi quasi accepisset, tenebitur. Hoc significat Papinianus illis verbis; *nec dici potest in potestate eius esse, ne residuam pecuniam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur*.

XV. Cum hoc generaliter definiamus, qui prior est tempore, potiorem esse iure, & ratione iuris certa efficiatur, interdum tamen, qui posterior est, potior habetur. Mitto eum, cui voluntate primi creditoris res pignori a debitore datur. *de quo in L. creditor*, §. *si tecum, h. tit.* Nam cum hoc consensu primi creditoris ius illius in pignore solvatur, secundus creditor non tam potior in pignore dicendus est, quam solus. Dicimus etiam primi creditoris iure perseverante, & sine eius voluntate posteriorem generaliter potiorem habendum esse, cuius pecunia factum est, ut salva esset pignoris caussa. Quo in numero sunt, qui crediderunt, quod ad rem reficiendam aut conservandam impensum est, & id sine quo res salva non esset, *L. interdum, L. seq. h. tit.* item ii, quorum pecunia res empta est, quibus iisdem, ut pignori esset, specialiter statim convenit. *L. licet. C. eod. tit.* Quod si quis quæret, quomodo fieri possit, ut res, quæ nondum empta est, aliis prius pignori detur a debitore, id tum fieri sciat, cum res aliena sub conditione datur, aut res fuit ipsi, qui pignus dabat, debita. Quo casu Dominio debitori postea quæsito, pignus confirmatur in persona eius, cui tum datum est; etsi alii postea detur, ille, cui prius datum est, potior est, extra quam si secundus ita pecuniam credidit ad eam rem emendam; ut simul de hypotheca conveniret. *L. 3. §. 1. hoc tit.* Idem dicendum est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata, quanvis nihil nominatim convenerit; ut pupillo in eam caussam obligata esset: *L. Idemque h. tit.* quoniam ante diximus, quod ex nummis pupillaribus emptum est, id tacite pupillis pignori esse. *L. si servos C. de serv. pign. dato manumisso*. Ergo quod cæteros potiores esse dicimus, qui ad rem conservandam crediderunt, sic intelligimus, si modo prius illis res fuerit specialiter obligata, sicut antea disseruimus, cum quibus in caussis pignus tacite contrahatur, quæreremus. Nam & eum potiorem esse dicimus, ex cuius pecunia res empta est, *L. 3. §. 1. hic.* & tamen hoc sic accipimus, si quidem ei in eam caussam res specialiter obligata sit. *d. L. licet. C. eod. tit.* Est autem æquissimum, eum qui ad conservandam, aut acquirendam rem credidit, priori præferri; neque enim dicet prior creditor, iniuriam sibi fieri, quod cum tempore prior sit posteriori postponatur, quandoquidem absque eius pecunia foret, nullum omnino pignus nunc haberet. Nunc autem eius beneficio consequutus est, ut pignus haberet saltem post illum. Eodem iure in caussa dotis mulier habetur, quæ præterquam quod tacitam hypothecam habet in bonis mariti ad dotem recuperandam, in ea caussa etiam omnibus creditoribus aliis, quanvis tempore prioribus, ante fertur ex constitutione Iustiniani, in *L. ult. C. eod. titul.*

XVI. In quo magna dubitatio est, velitne eam Iustinianus omnibus præferri, etiam quibus nominatim res pignori ante mulierem datæ sunt, an iis solum qui lege tacitam hypothecam privilegio habent. Nihil enim hac de re nominatim definit, sed generaliter potiora iura eam habere contra omnes mariti creditores constituit in pignore, *d. L. ult.* & §. *fuerat. Inst. de act.* quasi velit contra omnes sine exceptione. Sed melius est, & æquius eam sententiam accipi, ut mulier omnibus creditoribus quidem aliis anterioribus præferatur, verum iis tantum, qui talem hypothecam habent, qualem mulier, id est, tacitam, & privilegio legis, non aliis. Nam non iniquum est, quod privilegium lege alicui tributum est, id contrario iure certis de caussis adimi. Illud iniuria non caret, quod ius creditor vigilando, & cavendo sibi acquisivit, id ei invito auferre, & cuiquam ius suum adimere, quod in alium transferas, cum præsertim dicere soleamus, ius vigilantibus scriptum esse. *L. Pupillus*, in fin. *D. quæ in fraudem credit.* Præclare vero illud in rescripto D. Marci, quod extat in *L. 2. de iis qui sunt sui, vel alien. iur.* scriptum est: *dominorum potestatem in servos suos illiba-*

libatam esse oportere, nec cuiquam hominum ius suum detrahi. Hoc etiam mihi ex ipsa constitutione recte colligi videtur: Sic enim scribit, mulierem potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Bene anterioris temporis privilegio, ut intelligamus praeferri debere iis creditoribus; qui privilegio in hypotheca utuntur, id est, qui ius pignoris ex beneficio legis sibi vindicant: ut fisco; ut pupillo in tutoris bonis; ut caeteris, de quibus antea diximus. Iis autem qui aperta conventione, & diligentia sua pignus acceperunt, non praeferri, quia ii suo iure hypothecam habeant, non privilegio. Sed haud scio an hoc pene diserte expresserit Iustinianus in *Novel. 97. de aequal. dotis. §. his consequens*, ubi ita scribit: Scimus nonnullas hypothecas ex privilegiis a legibus ipsis concessis tempore posteriores cum sint, vel atiquioribus creditoribus praeferri, nempe cum quis pecunia sua effecerit: ut vel navis ematur, extruaturve, aut reficiatur, vel forte domus exaedificetur, vel etiam ager comparetur, aut aliud quiddam. In omnibus enim hisce posteriores creditores, quorum pecuniis res vel comparatae, vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui vel multo antiquiores existunt. Ac deinde re in quaestionem vocata, ad extremum subiicit, mulierem nulli eiusmodi privilegio cedere debere. Postremo in hac creditorum praerogativa illud tenendum est, inter plures creditores, quorum alii hypothecam sibi ex tabulis privatis vindicant quae Graeci ἰδιόχειρα appellant, alii ex publicis, potiores esse eos, qui instrumentis publice confectis nitantur, quam qui privatis, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem contineantur. Idque Leonis constitutione effectum est, quae extat sub *eod. tit. C. L. penult.*

C A P. XIII.

De Iure posteriorum creditorum.

Posteriores creditores habere ius pignoris, eoque adversus alios, praeterquam priores creditores uti posse. I.
Posteriorum ius confirmatur prioribus remotis; & quibus ii modis removeantur. II.
Secundus creditor pignus sibi confirmat, si pecuniam primo offerat; & quid ex eo consequens. III.
Exceptio. IV.
Quomodo in locum creditoris succedat extraneus. V.
Rem tribus pignoratam non uno tempore si tertius per hypothecariam avocavit a primo, nihil agit, nisi & adversus secundum obtineat. VI.
Quid si secundus adversus tertium obtineat, & deinde adversus secundum primus; an hic iterum superabitur a tertio: & quod huic incommodo remedium. IX.
Illustratur L. Claudius 16. *D.* qui potior in pign. vel hypoth. VII.
Et vindicatur a contrariis. VIII.

I. Quis cui in pignore praeferatur diximus. Restat, ut de iure posteriorum creditorum, sicuti proposuimus, ordine cognoscamus. Et constat eos nihilominus pignus habere constitutum; quam ob caussam & pignus vindicare possunt ab alio quovis possessore, & avocare suo iure. Sed tum scilicet nihil iuris habere intelliguntur, cum res inter ipsos, & priores creditores agitur. *L. creditor, §. si simpliciter D. qui pot. in pig.*

II. Hoc ergo nunc quaerimus, quando posteriorum ius ita confirmetur, ut nihil priores obtient. Id quoque edicto a me paucis comprehensum est; ut scilicet priore remoto deinceps sequentibus locus fiat suo ordine. Remotum priorem creditorem sic accipimus, quocunque modo illius obligatio, quo nomine pignus ei tenebatur, sublata est, sive solutione, sive compensatione, sive novatione, sive quo alio modo sublata est. *L. 4. L. creditor, §. 1. D. quae potior. in pignor.* Necesse est enim quocunque modo ille dimissus sit, accessiones quoque liberari. Et omnino quae de his modis dicemus, quibus pignus vel hypotheca solvitur, huc poterunt omnia recte transferri.

III. Atque hinc efficitur; ut in potestate sit creditoris secundi sibi sua voluntate pignus confirmare, puta si pecuniam primo offerat. *L. quærebatur, eod. L. ul. C. de iis, qui in prior. creditor. loc. succeſſer.* Hac enim re non solum creditor, sed etiam quivis extraneus id assequitur, ut pignus a quocunque liberetur; cum sit in potestate cuiusque pro debitore solvendo, eum etiam ignorantem & invitum liberare. De qua re proximo capite pluribus a me, ut suo loco, dicetur. Hic autem illud notandum est, si quid tale acciderit; ut secundus creditor primo solveret, confirmandi pignoris sui caussa, non solum exinde rem illi in suum debitum teneri, sed etiam in debitum primi creditoris, & usuras, quas creditori priori solvit, quanvis invito debitore, quasi in locum prioris successerit. *L. creditor, §. sciendum D. eod. L. secundus, C. de pign. L. ult. C. de iis, qui in prior. credi. loc. succes.*

IV. Superioris regulæ una est exceptio, si non is qui pecuniam creditori solvit; in ius eius successerit, aut creditor ipse novatione facta in locum suum. Nam qui in locum primi creditoris successit, in ea quantitate, quam illi exsolvit, eius iure utetur, cæterisque, quibus ille, itidem & hic præferetur. *L. 3.* in prin. *L. Claudius* versic. *plane, D. eod. L. 2. C. de iis, qui in prior. cred. loc. succeſ.* Hoc amplius & quod ex sua persona facere non potuit, qui in prioris locum substitutus est ex illius persona facere poterit, quia illius iure utatur, non suo. Finge tertium creditorem, qui distrahere pignus non potuit, quoniam id actum erat, priori solvisse pecuniam sic; ut in eius locum succederet. Ex eius persona pignus distrahere posse incipiet. *L. Aristo, D. quæ res pig. dari poſſ.* Creditor autem in suum locum, sive potius in pristinam obligationem succedere intelligitur, qui hac lege priorem obligationem novat; ut in sequentem obligationem eadem pignora sibi teneantur. *L. creditor. §. Papinianus, L. ul.* in prin. *hic.*

V. Sic extraneus in locum creditoris succedit, non cuius pecunia ad creditorem primum pervenit, quanvis ita dederit; ut ex ea creditor dimitteretur, sed qui nominatim hac lege dedit; ut idem pignus sibi obligaretur, & in prioris locum succederet. Neque enim ius pignoris nancisci debet, qui ipse de pignore nihil convenit. *d. L. Aristo, D. quæ res pig. obli. L. 1. C. de iis, qui in loc. prior. cred. suc.* Eodem loco habetur, & qui a debitore, comparavit, aut ab eo pignori accepit, pecunia numerata ea lege, ut pecunia ad creditorem perveniret, & pervenit: hoc enim perinde habetur, quasi res ab ipso creditore empta, aut pignori accepta esset, cum eodem modo pecunia ad illum ex hac conventione pervenerit. *L. 3. C. de iis qui in prio. cred. loc. suc. L. qui a debitore. L. creditor, §. a Titio, D. hoc tit. Ad L. Claudius, D. qui pot. in pig.*

VI. Huius autem iuris rationem habemus in eo exemplo explicata, quod tractatur a Paulo sub hoc *tit. in L. Claudius*, de quo pauca dicam, non tam quia locus, si ad superiorem regulam referatur, difficilis sit, quam quod vulgo quæstio perplexa existimetur. Tribus creditoribus diversis temporibus eadem re pignori data primus adversus tertium hypothecaria egit, ac iudicio victus est. Secundus an adversus tertium agere possit, cum quo nihil ante actum est, an vero hic quoque a tertio superari debeat, quæsitum est. Priori remoto, secundo locum esse constat. Sed etsi maneret primi obligatio, ordine tamen secundus prior, & ideo etiam potior est. Ita nisi quid aliud contra affertur, quæstio sublata est.

VII. Sed hæc sunt, quæ pro tertio dicuntur, quæ quæstionem faciunt, Primum a tertio in hypotheca superatum esse convenit. Secundum igitur ab eodem vinci necesse est; vel quod cum tertius primum vicerit, in locum eius successisse videatur; vel quod si primum conditione, id est, exceptione expulit, multo magis debeat secundum, qui primo inferior est. Paulus sine præiudicio prioris sententiæ totum ius secundo integrum relinqui putat, eumque suo iure adversus tertium posse experiri. Adversus autem ea, quæ pro tertio afferuntur, ita disputat; ut ostendat, neque illum in ius primi successisse; neque quia primum exceptione repulit, ideo secundum removere debere. Non successit in ius primi creditoris tertius creditor: quia eum excludendo nihil iuris eum habere ad vindicandum potius ostendit, & se suo iure ad excludendum uti, qui si in illius locum succedere vellet, illum potiorem locum habere concederet, quo nunc ex persona illius uteretur. Quod si faceret omnino, illum iudicio non vinceret, quod nunc fecit. Id significat Paulus illis verbis, quæ in extremo ponit: *igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit.* Multo minus hoc sic recte colligitur: quia tertius primum exceptione summovet,

ideo

ideo etiam præiudicio eius sententiæ usus, secundum removebit. Neque enim quod primus victus est, id secundo obstare debet, cum ille vel negligentia sua vinci potuerit, vel iniuria iudicis, vel exceptione aliqua propria, quæ inter primum & tertium locum haberet, puta pacti inter eos interpositi, aut transactionis, aut iurisiurandi delati, quorum nihil ad secundum pertineret. Aut si hoc admittemus, sententiam secundo nocere, quæ adversus illum dicta non est, consequens erit, etiam secundo eam prodesse posse, secundum quem nullo unquam tempore lata est. Finge, inquit, secundum creditorem sine controversia adversus tertium obtinuisse, deinde primum creditorem, qui a tertio victus fuerat adversus secundum experiri. Eadem exceptione secundus nunc utetur. Dicet enim, ego tertium in hypotheca vici, a quo prius victus es, multo igitur magis a me vinci debes, qui tertium ipsum superavi. Ita fiet, ut secundo huic sententia prosit eodem argumento, quæ tamen illum nulla ratione attingit, quod absurdum est: ergo & id, unde sequitur. Denique sic ius est; res inter alios iudicata aliis neque prodesse, neque nocere debere. Hæc Pauli sententia est. Ex qua conficitur, primo creditore remoto, secundum adversus tertium hypothecam vindicare posse, quia ille in ius primi non successerit; si successisset, etiam secundo potiorem futurum.

VIII. Erit tamen, quem illud fortassis moveat, quod dicitur, si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Quo argumento Scævola utitur in *L. de accessionibus*, §. 1. *D. de diversf. & temp. præscr.* Sed hoc dictum nihil ad hanc rem nunc pertinet. Male namque generaliter ita concipitur, cum suo loco idonee maxime, & vere diceretur. Sane enim adversus te obtinere debeo, cum eum vinco, qui te vincit, si hunc vincentem te, ob eam ipsam caussam vincam propter quam tu etiam ab illo superaris. Indeque si isto sensu accipiatur, generaliter recte definietur. Ut in hoc ipso exemplo trium creditorum, si invertatur, facile intelligi potest. Nam si primus vincit secundum; multo magis adversus tertium obtinebit, qui secundo adhuc inferior est: ideo, quia primus secundum vincit ob id quod illo prior est. At hæc caussa multo magis adversus tertium locum habet, qui etiam secundo posterior est. Unde recte colligitur, multo magis primo esse posteriorem. Nunc autem ea ratio in specie proposita cessat. Tertius enim creditor ideo primum vincit, non quia illo prior est, sed quia aut ille de iure suo non docuit, aut aliqua exceptio illum, quanvis cæteris priorem removit. Nihil horum secundo obiici potest. Unde nihil mirum est, si primus a tertio illis de caussis vinci potuerit, secundus autem iisdem de caussis vinci non possit, quæ in eo nullæ sunt. Et ne multa: cum de victore agitur, caussa vincendi spectanda est. Ea si in utroque victo eadem est, ob quam caussam ille unum vincit, ob eandem etiam alius recte vincetur, vel quod eadem hoc, vel quod etiam maior ratio est. Sin erunt caussæ dispares; nullo modo ita recte colligetur, quia unus victus est, quia alio potior erat, etiam hunc vinci debere. Argumentum enim a comparatione maiorum ducitur, quæ comparatio in iis nulla est, qui caussis, & ratione disiunguntur: Ex quo apparet, quam inepti sint, qui hac notione prætermissa, rationem invenire conantur, quomodo dictum illud distinguendo ab obiectionibus variis tueantur.

IX. Ut ad rem redeam, tertius hic creditor, de quo in proposita specie agitur, qui nulla de caussa primum vicit, quæ cum secundo communis esset, poterit sine præiudicio illius sententiæ a secundo conveniri. Poterit ergo & secundus a primo, quia ut nihil debet nocere secundo creditori res inter alios iudicata, ita nec ei adversus primum prodesse debet. Hoc modo eveniet: ut secundus a tertio pignus avocet, & primus a secundo, tertius autem deinde a primo, quem ante vicerat, & rursus secundus a tertio, & deinceps per circuitum inexplicabilem res ducetur. Adversus hoc incommodum una cautio est in secundo, ne a primo conveniatur, si illi pecuniam offerat. Cum autem ad primum redierit, quo minus tertio satisfacere debeat, consequi non potest, quanvis quidam putent, illum a tertio amplius conveniri non posse, cum semel rei iudicatæ satisfacit hypothecam tertio restituendo, a qua deinde ille excidit, quod falsum est. Semper enim tertius hypothecam tanquam suam vindicabit a primo: si primus eam sibi prius obligatam esse dicet, tertius replicatione utetur, si non prius inter nos iudicatum est, me esse potiorem. Si dicet se rei iudicatæ satis fecisse, cum nunc adversus eam facere velit, non audietur. Ipse enim se refellit. *arg. L. Sed & si possessori*, in prin. *D. de iureiurand.*

C A P. XIV.

Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur.

I. CUM sit pignoris persecutio eo usque, donec pignus manet, id autem certis modis finiatur, hoc iam solum restat, ut quibus modis id accidat, dicendum videatur. Tres fere sunt res quibus pignoris obligatio maxime sustinetur: si obligatio principalis subsit, cuius nomine cautionis loco pignus detur; si creditor, cuius caussa id comparatum est, pignus esse velit; si ius aliquod sit debitoris in ea re, quæ pignori datur, quia nemo plus iuris ex alterius persona sibi sumere possit, quam ille habet cuius iure utitur. Totidem modis accidit, ut una aliqua ex his rebus sublata, necessario pignus liberetur.

II. Igitur & liberatione debitoris pignus liberatur, & consensu creditoris remittitur, & iure debitoris soluto, creditoris quoque in eo ius evanescit. De solutione obligationis, & creditoris consensu, sive pignoris remissione illis verbis edicti cautum est, quæ etiam in edicto de pignoratitia actione proposita sunt: *si pecunia omnis soluta erit, aut eo nomine erit satisfactum. L. si rem, §. omnis, D. de pignor. act. L. Item D. quib. mod. pign. L. ult. C. de luitio. pignor.* Solutio pecuniæ debitoris liberationem naturalem continet. Satisfactio tam eos modos, quibus debitor voluntate creditoris dimittitur, quam consensum de pignore remittendo complectitur. Quare si quod his verbis contineatur, dixerimus, quid in his duobus modis insit, eadem opera intelligetur.

III. Solutione ergo pecuniæ pignus liberatur: & maxime. Hoc enim modo principalis obligatio naturaliter tollitur, invito etiam creditore. Idque proprie pignus luere est. Quo pertinet ille titulus in *C. de luitione pignoris*. Atque hinc effici iam ante diximus ut quoniam unusquisque pro ignorante etiam, & invito debitore solvere possit, *L. solvendo, de neg. gest.* possit etiam hoc modo unusquisque pignus liberare, cum pecuniam solverit. Cui consequens est, quod Pau-

lus

lus scribit eos, qui pignoris iure rem persequuntur, a vendicatione rei removeri solere, si qualiscunque possessor afferre debitum velit. *L. Paulus*, §. 1. *hoc tit.* Non quo quicquam iuris possessor habeat ad rem retinendam, sed quod in hac actione de iure creditoris quæratur, quod removetur soluto pignore. Id autem solvitur pecunia exsoluta.

IV. Quid ergo si creditor pecuniam nolit accipere, cum offertur? An quia per eum stat, quo minus pecuniam accipiat, quasi conditione impleta, pignus liberabitur? Nequaquam. Solutione enim eius, quod debetur, & præstatione, non oblatione liberatio nascitur. *L. qui mordis, sol. obl.* in prin. Veruntamen & in hac, & in omni alia caussa adversus creditoris iniustam recusationem ad liberationem debitoris una cautio est, ut illo recusante pecunia testato oblata consignetur, & solemniter deponatur in publicum aliquem locum, id est, in eum, in quem idoneus iudex de ea re aditus deponi iusserit. Quo subsecuto & debitor scilicet liberabitur, & una pignus extinguetur. *L. neque*, *L. ult. C. de pign. act. L. acceptam C. de usur.* Hoc vero nisi fit, neque debitor ipse, neque secundus creditor, primo creditori pecuniam offerendo, quo minus pignus recte distrahat impedire potest. *L. 1. C. qui pot. in pig. L. si prius, C. de dist. pig. L. ult. C. debitorem vend. pignor. impedir. non posse.* Plane si debitor, aut secundus creditor, aut adeo quivis extraneus pignus possidebit, exceptio doli mali hypothecam persequenti oberit, si pecunia ei a possessore offeratur, cum per eum fiat quo minus ei pecunia solvatur. *L. potior*, §. *ulti. qui pot. in pig. hab.* Sed etsi debitor rem ad iudicium revocet, & pignoratitia actione de pignore agat: hoc ipso recte aget, & vincere debebit, si pecuniam apud iudicem offerat. Nam cum edicto prætoris actio Serviana proposita sit hac conditione, cum omnis pecunia soluta erit, ei conditioni paritum intelligitur, si per creditorem stabit quo minus impleatur. *L. si rem*, §. *ult. L. aliena.* §. *si per creditorem D. de pignor. act. L. acceptam, C. de usu. L. ult. C. de luit. pign.* Est enim certissimi iuris, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur: perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. *L. in iure, D. de reg. iur.* Proinde si debitor eius rei examinandæ caussa arbitrum impetrarit, quantum deberetur, & pecuniam attulerit, sive creditor non venerit, sive venerit, & illi pecunia oblata erit, distractio pignoris impedietur. *L. si residuum, C. de dist. pig.* Cæterum si is erit, qui pignoratitia agere non poterit, aut debitor ipse rem in iudicium non vocabit, pecuniæ oblatione nihil profecerit, ut ante diximus.

V. Sed pecuniam, quanta debetur, solvi oportet. Quandiu ad plenam solutionem aliquid deerit, pignus recte distrahetur. *L. quandiu, C. de distr. pign. L. ult. C. debitor. vend. pign. imp. non pos.* Hoc est, quod Ulpianus edictum de pignoratitia actione interpretans ait, omnem pecuniam exolutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio, quæ tum scilicet nascitur, cum pignus fuerit liberatum. *L. si rem*, §. *omnis, D. de pign. actio.* Nec mirum videri debet, parte sortis soluta pro parte nasci liberationem obligationis, ipsum vero pignus ne pro parte quidem liberari, quamvis res pignori data eiusmodi sit, quæ recipiat divisionem. Res enim ipsa recipit divisionem, at non recipit pignoris liberatio. Habet enim ex iure, & edicto prætoris liberatio pignoris hanc conditionem, si pecunia soluta sit. Et verum est solutam non esse, quæ tota soluta non est. *L. cui fundus, D. de condit. & demon.* Quo fit, ut quamvis plures res creditor pignori acceperit, non tamen cogatur ne unam quidem dimittere, nisi accepto universo, quantum debetur. *L. qui pignori, D. de pignor.*

VI. Sane si in diversas summas res separatim obligatæ sunt, singulas obligationes ius quoque pignorum sequetur, ut una exsoluta, ea quoque pignora liberentur, quæ in eam summam obligata erant. *L. ult. hic.*

VII. Hæc de solutione. Quid sit satisfacere, videamus, quandoquidem satisfactio pro solutione est. Satisfacere, est creditorem pro eo, quod a nobis petit, contentum dimittere. *L. 1. D. qui satisd. cog. L. 5.* §. *satis acceptio, D. de verb. oblig.* Qui igitur aliud pro alio cepit, ut ab obligatione recederet, vel sola promissione debitoris, aut grati animi significatione contentus obligationem remisit, huic satisfactum intelligitur, eoque modo pignus liberatum est. *L. si rem*, §. *omnis D. de pig. actio.* Satisfit autem creditori aut de sorte, aut de pignore. De sorte, quibuscunque modis creditor debitorem dimissum velit, aut ipso iure, aut per exceptionem. Ipso iure, ut novatione voluntaria, ut acceptilatione, ut aliud pro alio accipiendo, & similibus modis. *L. solutam*, in princ. & §. *solutam, D. de pign.*

pign. act. L. 1. §. *ult. hoc tit.* Per exceptionem, ut si paciscatur a debitore, si iusiurandum illi deferat, & ille iuret. Ex quibus debitori nascitur illic pacti exceptio, hic iurisiurandi. *L. solvitur* in princ. & §. *ult. L. si deferente, eod.* Ac ne multis agam, una omnino in hac re regula tenenda est, quocunque modo debitor ea obligatione liberetur in omnibus generibus accessiones quoque liberari, ut fideiussores & pignora. *L. in omnibus, de solu.* Nam cum principalis caussa non constitit, extingui ea necesse est, quæ accessionum locum obtinent. *L. cum principalis, D. de regul. iur. L.* 1. *L.* 2. *D. de pecu. leg.* Neque sane retulerit, quomodo debitor liberetur ipso iure, an per exceptionem, cum utroque modo vi ipsa id consequatur, ne a se peti possit. *L. nihil interest, de regul. iur.* De pignore autem satisfit creditori, cum aut alia pignora, aut fideiussores pro hypotheca, quæ obligata est, dantur, aut adeo nuda conventione ab hypotheca discedit. *d. L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Sed inter solutionem & satisfactionem hoc interest, quod qui paratus est solvere, pignus liberat: satisfactionem autem puta satisdationem, quæ offertur, vel alia pignora pro hypotheca nemo admittere cogitur. Contentus enim quisque non invitus, sed volens redditur. *L. Item, §.* 1. *h. tit. L. quod si non, D. de pig. actio.*

VIII. Igitur ut qui secundus erat modus distrahendi pignoris, magis intelligatur, si distincte tradatur, sic habendum est; ut pignus consensu solo contrahitur, certe quidem contractum voluntate creditoris constitit, etiam si vel legitimum sit, vel prætoris authoritate occupatum; ita etiam consensu omne dissolvitur, voluntateque creditoris remittitur. *L.* 2. *C. de remis. pign.* Tantum de voluntate eius constare satis est. De qua si aperte constet, nulla est dubitatio, ut quod nominatim pactus est, ne amplius res hypothecæ sit. *L. solvitur*, in prin. & §. 1. *hoc tit.* Verum ut aliud principaliter agatur, si id eiusmodi est, unde consecutione quadam intelligatur creditor de non retinendo diutius pignore cogitasse, nihil amplius ad liberationem pignoris requiremus. Itaque cum proponeretur aliquando creditor debitorem suum donationis caussa de sorte liberasse, constaret autem, donationem quibusdam modis inutilem fuisse; forte quod maritus uxori suæ pecuniam, quam illa sub pignoribus debebat, donasset, manente etiamnum principali obligatione, pignus tamen voluntate creditoris solutum esse Papinianus respondit. *L.* 1. §. 1. *D. hoc tit.* Atqui de pignore nihil dixit creditor, neque porro propter principalis obligationis remissionem pignus liberabitur, quoniam illa remissa non est, quæ inutiliter remissa est. De pignore creditor nihil dixit, ac ne egit quidem principaliter. Sed qui sortem donabat, apud se, hoc animo & cogitatione fuit, ut nollet rem sibi amplius pignori esse, quia se principalem obligationem remittere putabat, qua sublata consequens quoque esset, ut pignus liberaretur. Hanc cogitationem de pignore amplius non retinendo ad pignoris liberationem satis esse dicit. Non idem responsurus esset Papinianus si creditor pacto inutiliter debitum remisisset, non sua voluntate, sed aut dolo inductus, aut coactus metu. Ut enim hic pecuniam remittere noluit, ita nec voluit pignoris obligationem, quæ ex illa pendebat. Itaque ut de pecunia illi pactio non obesset, sic nec noceret de pignore.

IX. Hoc sensu recte quidam putant accipiendum esse rescriptum Gordiani sub titulo, *de remiss. pign.* cuius verba hæc sunt: *Debitum, cuius meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris, & usitato more pignora vindicare.* Quanquam enim rescripto nihil distinguitur, quomodo pacti conventio inutiliter cesserit, an quod metu coactus esset creditor, dolove circumventus, an quod donare voluisset, quæ donatio inutilis fuisset; tamen animadvertendum est, neque hoc rescripto, neque aliis omnibus generaliter ius edici, sed ad eam speciem, de qua ex facto Imperator consultus erat, responderi. Iam vero non de omnibus caussis, in quibus debitum pactione inutiliter remitteretur, Gordianus consultus erat, sed de una aliqua caussa, in qua certo modo accidisset, ut pactio inutiliter fieret. Quod cum incertum sit, quomodo acciderit, rescriptum in eam sententiam accipiendum est, ut eo casu pactio intelligatur non valuisse, qui responso convenire potest. Quod ita fit, si is, qui de debito remittendo paciscebatur, re ipsa non consentiebat. Illud autem absurdum est, eum, qui sua sponte, nec deceptus, debitorem liberare voluerit, dicere pignus remittere eadem opera noluisse, aut cum remittere voluerit, consensu non liberasse.

X. Cum voluntatis significationem quamlibet ad liberandum pignus placeret esse satis, undecunque creditorem de eo remit-

mittendo fenfiffe vel per confequentiam appareret: hinc fpecies liberandi pignoris per interpretationem voluntatis accepta eft, ut fi creditor alienationi pignoris confentiret, id eft, permitteret debitori pignus alienare, pignus eo facto liberari intelligeretur, modo ne falva pignoris fui cauffa id faceret. *L. fi debitor*; in pr. *§. 1. L. fi confenfit*, in pr. & *§. 1. L. ficut*, *§. 1. 2. 3. 4 L. Titius*, *L. Lucius D. hoc tit.* Scilicet hinc voluntatis coniectura facta eft quod nihil ad rem pertineret illum alienationi confentire, fi res nihilominus falva pignoris cauffa alienaretur. Nam alioqui & fine confenfu eius idem affequi debitor poterat. Verum hic modus nonnullas cautiones habet. Sic enim hoc confenfu creditoris pignus folvitur, fi etiam alienationis effectus fecutus fit, idque fecundum creditoris voluntatem. Nam aliter hoc non fit. Proinde fi res vendita non fit, five ita vendita fit, ut aliqua ratio iuris venditionem impediret, pignus manebit. *L. ficut*, *§. fi voluntate*, *L. 4.* in fin. *D. hoc tit.* Plus dicimus, etfi emptio poftea refoluta fit utriufque confenfu, pignus reftituetur creditori. *L. voluntate*, *D. h. tit.* Unde fi res vendita quidem proponatur; cæterum aut eam femper repertus fit poffidere debitor; aut traditam poftea recepiffe, cum pretium illi folutum non effet, quia utroque cafu fufpitio eft, veram venditionem non effe contractam, fed fpeciem tantum venditioni quæfitam effe: Martianus putat creditorem rem vendicare poffe, & si debitor dicet illum confensiffe venditioni, quæ fequuta fit, creditorem doli mali replicatione uti poffe. *L. ficut*, *§. fupervacuum D. eod.* Sed etsi alienatio fequuta sit, verumtamen non ita, ut creditor confenferat, nihil ei nocebit alienatio. Id autem duobus modis accidere poteft, uno si non eodem genere alienationis alienata eft, ut si cum vendere permisiffet creditor, debitor donavit, vel contra altero, si ab alio poffeffore quanvis eodem modo res alienata eft. *L. ficut*, *§. fed fi permiferit*, & *§. fi debitor*, *hic*. Non tamen femper accidit, ut uno genere alienationis permiffo, si alio modo debitor alienet, contra voluntatem creditoris feciffe videatur. Sed hac in re facti quæftio verfatur. Itaque generaliter ita definiendum eft, si certa aliqua de cauffa unum aliquod genus alienationis creditor concesfit, eo non fequuto, contra eius voluntatem factum videri, ideoque alienationem ei non nocere, quoniam eius interfit. Finge ideo vendere permisiffe, ut pretio accepto debitor habeat, unde folvat. Si debitor donarit, non nocebit confenfus. E converfo, si ille donare conceffit, quia amicus erat is, cui donabatur, debitor autem vendidit, creditori nihil oberit. Sin autem ita uno modo alienare conceffit, quia a debitore sic petebatur, utrum autem hoc an illo modo alienetur, eius nihil interfit, quocunque modo res alienata fuerit, videbitur fecundum eius voluntatem alienata, eique alienatio nocebit. *L. ficut*, *§. fed fi permifit*, *D. h. tit.*

XI. Adeo autem hoc confenfu pignus tollitur, femel fecuta alienatione pignoris, ut quanvis eadem res poftea legitimo aliquo modo ad debitorem redierit, vendita puta vel infolutum data vel legata, vel donata, qua quidem ex re fraus omnis aberit, pignus femel extinctum non reftauretur. De quo extat Iuftiniani conftitutio in *L. ult. C. de remif. pigno* In qua illud in primis notandum eft, quod Iuftinianus fanxit, rem eandem amplius creditori non obligari, ne fi debitoris quidem bona obligata fint, tam præfentia, quam quæ poftea quæfita erunt, quorum tamen appellatione contineri videtur ea res, quæ denuo creditori quæfita fuerit. Sed hoc ideo facit, quod ea res femel de illa generalitate rerum voluntate creditoris exempta eft.

XII. Ac quid fit iuris, fi creditor alienationi pignoris confenferit, intellectum eft, hoc quæritur quando videatur confenfiffe. Eum quidem confentire certum eft, qui cum a fe, ut vendere liceret, peteretur: aperte declaravit id fibi placere. Sed hoc ambigitur, an qui fcivit rem alienari, vel quia admonitus a debitore, vel alio modo certior factus non intercesfit venditioni, nec emptori quicquam denuntiavit, videatur, quia fcivit, & paffus eft, hoc ipfo confenfiffe. Et placet eum, qui id faciat, non idcirco confentire videri, quia poffit id ob eam cauffam pati, quod fuum ius durare intelligat, cuius deteriorem cauffam ab alio invito fe fieri non poffe, non ignorat. *L. ficut*, *§ non videtur*. *D. quib. mod. pign.*

XIII. Hoc tamen cum in coniectura voluntatis pofitum fit, quibufdam in cauffis eadem voluntatis coniectura aliter receptum eft. Nam in fervo pignori dato manumiffo, fi fciente eo, cui obligatus erat, manumiffus fit, conftitutum eft, manumiffum iure, & confenfu creditoris remiffam videri pignoris obligationem. *L. 1. C. de remif. pign.* Id quidem libertatis

cau-

caussa, vel quod libertas, cum omnium maxime favorabilis res sit, interpretatione potius adiuvanda fuerit adversus creditorem, quam ad exactum ius revocanda; vel quod creditor ei rei tanquam favorabili ipse quoque pro se favisse videatur, humanitatis iure potius, quam de suo iure adversus rem iam confectam retinendo cogitasse. Idem receptum est in his caussis si vel fisco sub hasta distrahente creditores siluerunt, vel eo tempore quo prædium ab aliis creditoribus distrahebatur, publico programmate admoniti, cum præsentes essent, ius suum executi non sunt *L. si hypothecas*, *L. si eo tempore*, *C. de remiss. pign.* Quod tamen non tam eadem illa voluntatis opinione receptum est, quasi qui id fecerint, pignus sua voluntate amisisse credantur (quamquam hoc quoque existimari potest,) quam ipsorum negligentia, quæ in his caussis ferenda non est. Nam neque hastæ fiscalis fides facile convelli debet, ubi fit, quod creditori imputes, *d. L. si hypothecas*. neque temere audiendus est, qui publico programmate admonitus a creditoribus, eos ipsos creditores, simul & emptores decipere voluit, cum ideo programmate illi uterentur, ut si qui essent, ad quos ea res pertinerent, existerent, & ius suum exequerentur. Quin potius hæc interpretatio adversus illos admittenda est, quasi ius suum remittere voluerint, ut illis silentium suum potius, quam adversariis noceat. Non idem probatum est, si debitor ipse rem proscribat, quia debitor, quos creditores habeat, ignorare non debeat, qui si vellet eos dimittere, nihil programmate uti eum oporteret.

XIV. Quod de eo, qui alienationi consensit, diximus, & in eo prohandum est, qui consensit, ut alii res pignori daretur. *L. Paulus. 9. L. Titius.* in fi. *D. hoc tit.* Genus enim alienationis est, pignori dare. Itaque prohibita alienatione rei, hoc quoque interdictum intelligitur, ne res pignori detur. *L. ult. C. de reb. alien. non alien.* Atque hoc modo sic consensu creditoris pignus solvitur, ut non adversus illum tantum tollatur, cui concessit pignori dare, sed in totum perinde ac si id vendere concessisset. Unde si creditor consenserit, ut res sibi obligata tertio daretur, non tertius in locum prioris successisse videbitur, quod futurum erat, si illi tantum ea res prodesset, sed ius secundi creditoris, ut si quovis alio modo soluta esset hypotheca, confirmatur. *L. Paulus, D. hoc tit.* Plane si creditor se id in gratiam tantum eius facere dixerit, cui res pignori obligabatur, non nisi adversus eum pignoris remissio creditori nocebit, ut est constitutum. *L. iubemus*, *C. ad Velleia.* Et recte. Nam & ante diximus ita demum creditorem consentientem alienationi pignoris ius suum remittere intelligi, si non salva pignoris sui caussa consenserit. Quod eum facere apparet, qui in alicuius tantum gratiam pignoris obligationi consensit.

XV. Restat tertia ratio pignoris liberandi, ut quoniam nisi ius, quod habet in re quaque debitor, pignori dare non possit, ideirco vel ea re penitus extincta, vel eo iure soluto, quod debitor in ea re habebat, ius creditoris extinguatur. Corpore extincto nulla dubitatio est. *L. sicut*, *D. quib. mod. pign.* Est enim pignus in corpore, quo sublato & ipsum ius tolli necesse est. Iure autem a debitore sublato paulo maior est quæstio, cum dixerimus actionem pignoris in rem esse, nec videatur creditoris ius, quandiu res, & obligatio maneat, sine facto eius amitti posse. Et hoc loco pluribus inculcandum est, quod paulo ante obiter attigimus, alienatione debitoris voluntaria ius creditoris amitti non posse, ne dici incipiat creditoris conditionem debitoris facto deteriorem constitui posse. *L. distractis*. *L. debitorem*, *C. de pignor.*

XVI. Quod si verum est, consequens fuit, ut diceremus nec usucapione perimi pignoris caussam. Quæ rursum alia iuris regula est inde nata. *L. usucapio*, *C. de pig. L. 1. §. cum prædium*, *D. eod. tit.* Alienationis enim genus est usucapio, ut Paulus scribit, ac vix est ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. *L. alienationis*, *D. de verb. sign.* Nec quisquam hoc admiretur, cum dicamus per usum & possessionem legitimi temporis Dominium ipsum amitti, pignus non amitti. Amitteretur enim una cum dominio pignus, si quicquam cum Dominio coniunctum haberet, id est, si eiusdem esset pignus, cuius est Dominium: Ad hæc nulla societate coniunguntur, planeque diversorum sunt. Quæ ratio ubique a Papiniano redditur, cum hanc regulam ponit. *d. L. 1. §. cum prædium*, *D. de pignor. L. iusto*, *§. non mutat*, *D. de usuc.*

XVII. Sane præscriptio longi temporis acquiritur adversus creditorem ei, qui pignus longo tempore bona fide possederit, *L. toto tit. C. si adver. cred. præs. opp.* Neque ideo tamen efficitur extingui pignoris caussam. Quamquam enim res immobiles non ante usucapiuntur ex consititu-

ſtitutione Iuſtiniani, quam longo tempore poſſeſſæ sint, id eſt, decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes, & qui tandiu poſſedit, is creditorem pignus vindicantem præſcriptione temporis ſummovet, non tamen propter uſucapionem id facit, ſed quia tandiu poſſedit. Nam etſi res eſſet eiuſmodi, quæ uſucapi longo tempore non poſſet, ut res pupilli; ut vi, aut contra legem repetundarum poſſeſſa, tamen creditor ſi eam tanquam pignori obligatam vindicaret, præſcriptione temporis ſummoveretur; quia tandiu tacuiſſet. *L.* 1. *C. ſi adver. cre.* Iam vero ſi propter Dominium uſu acquiſitum creditor exceptione ſummoveretur; etiam is exceptione tutus eſſet, qui rem mobilem triennio uſu cepiſſet; quia hic quoque Dominium rei acquiſivit. Quod ſecus eſt. Quæ omnia declarant, ſi is, qui uſucepit, præſcriptione quoque temporis creditorem pignus perſequentem removeat, non in eo cauſſam eſſe quod uſu rem ſuam fecit, ſed quod tandiu poſſedit. Quid, quod his verbis; præſcriptionem longi temporis acquiri adverſus creditorem, ſuperior illa regula de uſucapione confirmatur? Quod enim dicitur, uſucapione pignus non perimi, hanc ſententiam habet, non perimi ipſo iure, quin pignoris perſecutio relinquatur, non tolli, inquam, ut Dominium Dominio pellitur. Quod autem dicitur præſcriptione longi temporis creditorem ſummoveri, hoc ſignificat, pignus quidem manere, & pignoris perſecutionem, ſed per exceptionem longi temporis inefficacem conſtitui. *L.* 1. *C. ſi adver. cre.* Quid enim aliud eſt præſcriptio temporis, niſi temporis exceptio? *L. ſuper longi. C. de lon. temp. praeſ.*

XVIII. Quod cum conſtet, mutatione dominii pignoris cauſſam non tolli; quia non in debitorem ſolum ſit hæc actio, ſed poſſeſſorem ſequatur, inde dubitatum eſt de huiuſmodi ſpecie. Debitor cum prædium pignori daret nominatim ut fructus quoque pignori eſſent, convenit. Id prædium poſtea diſtractum eſt ab eo, qui dominus non erat, ſive is debitor fuit, ſive inſcio debitore alius & traditum eſt bona fide accipienti. Emptor bonæ fidei, quia non aliter ſecundum regulas iuris fructus omnes lucratur, quam ſi conſumpſerit, conſumpſit, atque ita ſuos fecit. De his nihilominus convenitur a creditore utili Serviana. Quæſitum eſt, an eos reſtituere debeat. Quæ quæſtio tractata eſt a Papiniano. *Libr.* 2. *Reſponſ.* extat in *L.* 1. *§. cum prædium, D. de pignor.* Movet quæſtionem, quod initio convenit ut fructus prædii pignori eſſent. Quod autem poſtea a bonæ fidei poſſeſſore acquiſiti ſunt, de pignoris cauſſa nihil mutare videtur. Nam ſi uſucapione pignus non tollitur, nec fructuum perceptione aut conſumptione, quæ item ſpecies eſt acquiſitionis, tolletur, & in totum alienatione ac dominii mutatione non tolletur, hoc enim ſuperioribus omnino conſequens eſt. Sed Papinianus reſpondit bonæ fidei emptores hoc caſu fructus conſumptos, nempe hoc modo ſibi acquiſitos. (Nam; ut dixi, omnes fructus tunc acquiruntur, cum conſumpti ſunt,) *L. quæſitum* in fi. *de acqui. rer. do.* reſtituere non cogendos. Nec obſtare, quod uſucapione pignoris cauſſa non perimitur. Ideo enim uſucapione pignus non tollitur; quia ante uſucapionem pignus conſtitutum fuit. In fructibus diſſimile eſt, quia nunquam debitoris fuerunt, id eſt; quia nunquam pignori obligati fuerunt. Quod enim convenit; ut pignori eſſent futuri fructus, ad pignoris obligationem non eſt ſatis. Requiritur præterea, ut ſint in bonis obligantis. Quod cum in propoſito non acciderit, dicendum eſt eorum fructuum perceptione non tam pignus creditori tolli, quam nullum pignus unquam fuiſſe. Unde colligitur quocunque modo poſſeſſori fructus poſtea acquiſiti ſint, non poſſe vindicari eadem ratione; quia nunquam debitoris fuerunt. Quod eveniet, ſi debitor dominus fuit, & rem ipſe obligatam vendidit. Quo caſu parum retulerit, an poſſeſſor ante, quam conſumeret fructus, cognoverit rem pignori obligatam eſſe, an non: quia omnimodo fructus eius fierent.

XIX. Sed cum dixerimus, uſucapione pignus non perimi: inde conſtat creditorem rem ab uſucapione domino utili Serviana avocare poſſe. Hic duplex oritur quæſtio, una, poſſit ne debitor pignus receptum a creditore repetere ab eo pignoratitia actione. Iam enim dominus non eſt. Rurſum pignus ab eo natum conſtat. Et certum eſt, poſſe. Nam etſi res aliena a principio pignori data eſſet, eam ſoluta pecunia debitor pignoratitio iudicio recuperaret. *L. ſi in rem, §. is quoque, D. de pig. act.*

XX. Quoniam conſtat poſſe, ſequens quæſtio eſt, poſſitne dominus idem, qui uſucepit, eam a debitore auferre, an vero ſit aliqua cautio, qua debitor adverſus dominum defendatur. Dominum quidem eſſe eum conſtat, qui uſucepit, non debitorem. Sed movet, quod creditor ſolus in pignore ius habet, qui ius ſuum in extraneum potuit transferre. Quod ſi feciſſet: emptorem adverſus omnes prætor tue-

tueretur. Quare quidem putant creditorem, ut in extraneum ius suum, & hypothecariam actionem transferre potuit: *L. mulier, qui pot. in pig. hab.* sic etiam in debitorem posse; quia iam extranei sit loco. Sed verius est, creditorem in cæteros quidem ius suum transferre posse, id est, nomen, & una cum nomine accessionem, id est, pignus, & hypothecariam actionem: in debitorem autem non posse: quia non possit in eum transferre actionem personalem; ne incipiat dici ipsi debitori actionem adversus se cedi posse, quod absurdum est. Illud etiam absurdum, cum debitor ea pecunia, quam creditori dedit, liberetur, dicere eadem pecunia & nasci hypothecariam actionem, & tolli. Tollitur autem accessio pignoris, cum principalis obligatio sublata est. *L. in omnibus, D. de solutio.* Alii igitur in hac re debitori consilium dant, ut rem apud creditorem insolutum relinquat. Sic enim fieri putant; ut neque debitor iam conveniatur, qui rem non possidet, & tamen liberetur; neque creditor; quia quanvis rem possideat, ipse tamen iure creditoris potior sit eo, qui usucepit, ut diximus. In quo, iudicio meo, valde falluntur. Nam isto modo pro uno incipient duo iam teneri, & debitor, & creditor; Debitor, quia cum rem alienam in solutum dedit, vendidit. *L. eleganter* in prin *D. de pig. act. L. 4. C. de evict.* Cum autem vendiderit, domino utili negotiorum gestorum actione tenebitur, si res domino vindicari non possit. Idque & responsum, & constitutum est. *L. mater, C. de rei vindi. L. rescriptum, §. 1. D. de distr. pig.* Creditor quia rem possidet: nec ad rem pertinet, quod creditor iure pignoris domino potior est. Hic enim nec iam creditor est, cui satisfactum est: nec pignus manet, pecunia soluta, quia fieri non possit ut principali obligatione sublata, accessio non liberetur. *L. in omnibus, D. de solutio.* Relinquitur igitur, nullam esse rationem iustam, quæ pecunia creditori soluta, & pignore iam liberato actionem suam domino auferat, quanvis manente pignore creditor domino præferatur. Quæ omnis de iure creditoris in re pignori data usucapta disputatio nobis ex eo nata est, quod pignus recte contractum postea alienatione debitoris eoque nec usucapione extingui posuissemus.

XXI. Nunc ad rem revertemur, breviterque de amissione pignoris definiemus. Cum semel res optimo iure cœperit esse debitoris, & eo pacto, ut non nisi voluntate eius amitti possit, aut non nisi ab eo in alium transferri: nunquam ea amissione ius creditoris tolletur, quia non possit actione in rem semel illi iure constituta, debitor vitio suo aut opera conditionem eius facere deteriorem. Sed est, cum debitor res quasdam in bonis habeat certa lege, & conditione, puta quandiu illud, aut illud factum non erit. Qua conditione finita res ei sua lege auferatur. Id si accidet, ius quoque creditoris solvetur necessario: quia nihil amplius iuris debitor ipse habuerit, quam ut illa conditione non existente rem retinere. Hoc in pignore pignoris itemque in nomine, ut notioribus exemplis utamur, facile intelligi potest. Quia enim pignus hac lege tenetur, si pecunia debeatur: si id pignori secundo creditori datum sit: pecunia ei soluta, qui obligavit, pignus quoque secundi solvitur. Ilia ratione si debitor fundum vectigalem, quem habebat, pignori dederit, ac deinde is in exsolutione vectigalis cessaverit, cum ei fundo lex dicta esset, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset, ad dominum rediret: non solum secundum legem fundus ad dominum redibit, sed soluto iure debitoris ex ea caussa quæ pignoris obligationem antecesserit, & invito rem auferat, ius quoque pignoris sua sponte evanesceret. *L. lex vectigali, D. de pign.* Idem in superficie pignori data dicemus, si vectigal solarium non pendatur. *L. etiam D. qui potio. in pig.* Sed enim ius debitoris ex ea conditione solvi necesse est, quæ ab eo, qui rem in debitorem transtulerat, invito debitore exerceatur.

XXII. Quod si ea conditio fuit: ut nisi debitor velit, res ab eo recedere non possit, & si forte in eo conditione sua utatur ius tamen pignoris facto eius non finietur. Ad quod significandum hæc exempla sub hoc titulo posita sunt, *L. 3. & 4. D.* fundus ita distractus est: fundus Tusculanus tibi emptus esto tot aureis, nisi alius intra Calendas proximas meliorem conditionem attulerit; mox traditus, ab emptore ante quam melior conditio afferretur, pignori datus est. Meliore conditione postea allata, nimirum pignus finietur. Nam & res secundum legem venditionis emptori aufertur. Ad idem fundus si ita venditus sit: ut si displiceret, redderetur, ac postea pignori ab emptore datus ab eodem redditus sit: aut quia pestilens erat, redhibitus: pignoris caussa non extinguetur. Quippe nulla necessitate debitor rem a se dimittere cogebatur, tametsi illi expediebat. His expositis nihil quod ad caussam, & ius pignoris cognoscendum necesse sit, prætermissum puto.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIUS
DE
IUDICIIS DIVISORIIS

CAPUT I.

Rerum exorditio: res noſtras pro quibus obtinendis laboramus eſſe in duplici genere; quæ ſint. I.
Communes res obtinendi tanquam proprias ratio duplex; aut facta communi dominorum conſenſu diviſio. II.
Quam ſeu traditio, ſeu ſtipulatio interpoſita conſequatur. III.
Aut diviſio in iure facta; quæ de ea re ſint inſtituta iudicia. IV.

I. DE rebus noſtris obtinendis duobus modis laboratur. Eſt enim aliquid quod noſtrum proprie ſit: eſt quiddam ita noſtrum, ut ſit etiam cum aliis commune. De eo quod noſtrum & proprium eſt, id agitur, ut nobis reſtituatur: ut ſi quis teneret, & de iure noſtro nobis controverſiam faciat. De rebus communibus hoc; ut etiam ſi ſocius rem nobis communem fateatur eſſe, res a communione eximatur; ſic res diviſa, noſtra propria efficiatur.

II. Quarum rerum obtinendarum cauſſa duæ ſunt actiones, ac prius illud vindicationibus conſequimur, de quibus dictum eſt. Poſterius & conſenſu eorum, inter quos res communis erat & ſine conſenſu propriis actionibus. Quæcunque diviſio rerum communium dominorum conſenſu facta eſt, niſi ætatis auxilium interveniat, orta eſt, ſive nullo iudicio ſuſcepto, ultro res inter ſe diviſerint, ſive de ſuſcepto maluerint rem inter ſe dividere; quam iudicis ſententiam exſpectare. *L. non ideo, Cod. hoc titul. L. ultim. D. eod. L. ſi inter. 3. C. commun. utr. iud.*

III. Sic tamen, ſi diviſionem hanc traditio rerum ſecundum placitum diviſoris ſecuta ſit, aut interpoſita ſit ſtipulatio. *L. ſi diviſionem, C. eod.* Dominium rerum ſine traditione dominii in ſervum transferri non poteſt, *L. traditionibus C. de pact.* ut ſecundum conventionem res tradatur, agi poteſt. Sed ut agi poſſit, ſtipulatione efficitur, non pacto nudo, *§. de conſtituta Inſt. de actio. L. iuregentium, §. continuo de pact. L. legem, C. eod.* Ita fit illud, quod Hermogenianus finivit, diviſionis placitum, niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, tanquam nudum pactum nulli prodeſſe poterit, *L. diviſionis, D. de pact.*

IV. Si res inter eos, quibus res communis eſt, convenire non poteſt, quæcunque res erit, iudicia ſunt, quibus ad diviſionem ultro provocemus, & quod volumus, conſequamur. An ergo, quæcunque communio nobis cum alio intercedat, etiam facto noſtro & voluntate ſuſcepta? Nihil refert; cum nulla ratio ſit, cur alius re noſtra aut beneficio noſtro, ultra, quam no-

nobis videtur, utatur: nemo ad communionem retinendam cogi debet, ne ſi id quidem convenerit, ne a ſocietate diſcederetur. *L. ſi non ſortem*, §. *ſi centum D. de cond. indeb. L. ſi convenerit.* §. 1. *D. pro ſocio. L. in hoc iudicio*. §. *ſi conveniat D. com. divid.* adde diſcordias, quas materia communionis ſolet excitare dum vel & re curanda, & oneribus ferendis, vel fructibus rei & obventionibus percipiendis, unusquiſque non poteſt ſibi perſuadere æquam ſe ferre oneris vel lucri partem. *L. cum pater*, §. *dulciſſimus D. de leg.* 2. quibus diſcordiis utilis eſt in primis mos proſpectum eſſe. Iudicia huius rei cauſſa duo prodita, unum de rebus univerſis, ſive de hæreditate communi familiæ erciſcundæ, alterum de rebus ſingulis quibuslibet, communi dividundo: quæ ita nominantur, quaſi dicas; iudicium ad familiam erciſcundam; iudicium ad commune dividendum, quoniam his iudex ad haſce res utatur, his finitum eſt iudicium, quod dicitur finium regundorum, quo non agitur quidem de re communi, veruntamen illud, ut quemadmodum in illis ab incertitudine communionis, ita hic ab incertitudine finium diſcedatur, quibus deſpectis habeat quiſque, quod deinceps ſuum certo queat dicere, neque vero aliud prioribus illis agebatur.

C A P. II.

De Iudicio Familiæ Erciſcundæ, & quæ in eo quærenda ſunt.

Cuius rei gratia iudicium erciſcundæ familiæ inſtitutum. I.

Rerum tractandarum partitio. II.

I. IUdicio familiæ erciſcundæ agitur, ut inter quos hæreditas communis eſt, inter eos dividatur. *L.* 1. *D. eod. L. bona, C. eod.* Hinc familiæ erciſcundæ, ut ſit, hæreditati dividendæ. §. *quædam*, *Inſtit. de actio.* Erciſcere eſt verbum antiquum, quo lex duodecim tabularum in hac re uſus eſt, pro dividere. Familia autem hæreditatem & bona ſignificat, ut in illis verbis eiuſdem legis, agnatus proximam familiam habeto, id eſt, hæreditatem. *leg. pronunciatio*, §. 1. *D. de verb. ſig. L. ultim. C. de verb. ſig.*

II. Hic cum uſus ſit huius iudicii, ad naturam eius percipiendam, video hæc tria neceſſe eſſe quæri; primum, ubi recte hoc iudicio agatur, deinde iudicio conſtituto, quid in iudicium & diviſionem eius iudicii veniat; poſtremo, quæ ſit earum rerum pro poteſtate & officio iudicis communicatio & diviſio.

C A P. III.

Ubi recte hoc iudicio agatur.

Rerum continuatio, & ſubdiviſio. I.
Iudicium hoc agitari inter heredes. II.
An, cum negat adverſarius eum qui hic agit, heredem eſſe; de utraque re poſſit hoc uno iudicio cognoſci; & quomodo diſtinguendum. III.
Et quando hic hereditati præiudicium fiat, aut ſecus. IV.
Si eum, quocum agitur, conſtet poſt acceptum iudicium non eſſe heredem, iudicium nullum eſſe, & inane, re integra. V.

I. REcte hoc iudicio agi intelligetur, tuncque locum habebit, cum & inter eos agetur, inter quos oportet, & de ea re, de qua oportet; ut inde & perſona eorum, inter quos agitur, quærenda ſit; & res de qua agitur; adde & quo tempore agi liceat: quod tamen ex cognitione rei, quæ peti poteſt, naſcitur.

II. Inter hæredes nimirum, hoc iudicio agitur. *L.* 1. *D. eod.* §. *quædam*, *Inſt. de actio.* Ergo hæredi competit ad diviſionem hæreditatis provocanti. Quid ſi hæreditatem non poſſideat? Prius eſt ei, ut rei dominus ſit, quam de diviſione rei agat; & fortaſſe non videbitur dominus rerum hæreditariarum ante factus

eſſe

Digitized by Google

eſſe, quam earum poſſeſſionem nactus fuerit. Sed inter omnes convenit, ſimul atque alicni hæredes facti ſumus, (quod fit, ſola aditione) omnium rerum dominium, & ius ad nos tranſire, etiamſi nihil poſſideamus *L. cum hæredis*, *D. de acq. poſſ.* Quare ad accipiendum familiæ erciſcundæ iudicium, poſſideat quis hæreditatem, nec ne, nihil intereſt, *L.* 1. *L. hæredes*, *§. quantum*, *D. eod.*

III. Quid ſi hunc adverſarius hæredem eſſe neget? utrum familiæ erciſcundæ, nihilominus recte aget; ut unum hoc iudicium ſufficiat, in quo ante quæritur hæres, ſit nec ne qui agit? an vero prius hæreditatem petere cogetur, ut faciunt, quibus fit controverſia hæreditatis; ſic deinde hoc probato, hæredem eſſe, familiæ erciſcundæ agitare poterit: ut hoc modo, non niſi duobus iudiciis, ideſt duabus interpellationibus, duobus iudicibus, duplici denique opera res transigatur? de hac re eſt diſtinctio Caii, *L.* 1. *D. eod.* ad hanc ſententiam: ut recte hoc iudicio agat, qui negatur eſſe cohæres, ſi aut partem ſuam poſſideat; aut eo non poſſidente proponatur, nihilo plus adverſarium poſſidere, ut tamen iudex, apud quem agit, prius cognoſcat, an cohæres ſit. Quod ſi neque partem ſuam poſſideat, qui agit, & ab eo negetur, qui ſuam poſſidet; uſitata exceptione removeri poſſe, ſive actione, quæ adverſus eos comparata eſt, qui præiudicium hæreditati faciunt; Ac ſi in ea re, de qua agitur, præiudicium hæreditati non fiat, de qua *in L. divus* in fin. *de petit. hæred.* *L. ult.* in princ. *C. de pet. hæred.*

IV. Quod ergo præiudicium hic potius fieri dicamus; quam cum is qui agit, nihil poſſidet, ut & is qui provocatur? Quod ſcilicet is qui poſſidet, iudicio familiæ erciſcundæ partem præſtare cogatur, ei, qui nihil ante habuerit: ut in more & forma poſſeſſionis rerum hæreditariarum aliquid poſſeſſori imminuatur: quod futurum non eſt, ſi aut is qui agit poſſidet partem ſuam, aut neuter. Nam illic ſi actor partem ex diviſione capit, nihil incipit habere, quod ante pro indiviſo non habuerit, hic aliud quidem actor capit, ſed & is, cum quo agitur, tantum ex diviſione accepturus eſt, ita ut ei nihil detrahatur, cum nihil ipſe quoque poſſideret.

V. Quod ſi qui egit, hæres non ſit, finge poſt iudicium acceptum id ei obiici & conſtare? id moris futurum eſt, quod de eo, cum quo agitur, mox dicturi ſumus. Ergo, ut hæredi hoc iudicium competit; ita & in cohæredes, *L.* 3. *C. eod.* finge quod modo quærebamus cum eo actum eſſe; qui hæres exiſtimabatur, re non erat. Relinquitur, ut quiſquis hæres non ſit, cum quo iudicium hoc acceptum eſt, nec iudicium eſſe intelligatur *L. cum putarem*, 36. *D. eod.* Itaque nec re integra adiudicari ei quicquam oportet, aut adverſarius ei condemnandus eſt *L.* 1. in fin. *D. eod.* nec ſi ſententia condemnationis aut adiudicationis in perſonam eius facta ſit, ulla ſit eo nomine iudicati actio. Plane ſi is, qui condemnatus erat, aut rem tradiderit, aut ei ſolverit, non repetet, ut Paulus probat, *d. leg. cum putarem D. eod.* quod dicat, & ſi non ſit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem ſufficere, quod ſe putat condemnatum.

CAP. IV.

Qua de re agi oportet.

Hereditatis, qua de agitur, communionem sive unius sive plurium posse inter coheredes tali iudicio dirimi. I.

Idem iuris esse, etsi hereditatum aliqua non sit illorum uni communis; qua sit istiusmodi species. II.

I. RES qua de agitur, hæreditas est, inter heredes communis. Quo loco oritur dubitatio, si forte plures sint hereditates, inter eosdem ex diversis caussis communes, possitne de omnibus unum iudicium familiæ ercifcundæ sumi; an vero necesse sit, de unaquaque separatim agi? Quippe iudicium familiæ ercifcundæ dicitur, id est, hereditatis dividendæ, non hereditatum: sed nihil nomen nos moverit, dum res eadem sit, & quotcunque sint hereditates, perinde habeantur, ac si una esset hereditas, quæ totidem ex rebus constaret, & heredes ex omnium divisione tantum consequuntur, quantum si separatim divisæ essent. Recte igitur placet, & de pluribus unum familiæ ercifcundæ iudicium sumi posse. *L. heredes, 25. §. de pluribus D. eod.* Quæ res facit, ut neque pluribus interpellationibus opus sit; sed una. *arg. L. non potest. de iud.* Neque plures iudices adire necesse sit: & si forte res uni ex una hereditate adiudicatæ sint, liceat alii coheredi vice mutua alias res, quæ tantundem valeant ex alia hereditate adiudicare, quasi de una hereditate iudicium esset. Neque hoc iniuriosum videatur, non tantum, ex unaquaque hereditate unum ferre, quantum alter, cum sint nomine & caussis separatæ. Esset iniuriosum si in hereditate dividenda, species rerum, & corpora spectaremus non æstimationem? Æstimationem vero & quantitatem spectamus ut si rebus æstimatis ad eandem quantitatem omnes ferant, officio iudicis sit satisfactum.

II. Hoc posito evenit quod prima fronte mirum videatur, ut cum aliquo familiæ ercifcundæ iudicium interdum instituatur de ea hereditate, quæ non sit cum illo communis. Quod ita fiet, si mihi cum primo duæ hereditates sint communes. Titiana & Seiana, ex quibus una, finge Seiana, mihi cum eodem primo & secundo sit communis. Poterit enim de utraque unum iudicium, inter nos tres accipi, ut Paulus tradit, *in L. heredes 25. §. si inter, D. eod.* quamvis verum sit Titianam hereditatem ad secundum nihil pertinere. Sed hoc, illo admisso, consequens est, nemo enim negaverit inter me & primum, de Titiana & Seiana recte agi: nemo recte agi de Seiana inter me & primum, & secundum, quando hæc inter nos tres communis est. Quo fit ut de utraque inter nos tres recte agatur. Itaque si fingas nos omnes ex æquis partibus heredes factos esse, quoniam separatim Titiana inter me & primum in duas partes dividetur: Seiana inter me, primum, & secundum in tres: nunc uno iudicio de utraque suscepto quinque partes fient, ex quibus unam secundus, ego & primus singuli duas auferemus. Sed ita de pluribus hereditatibus unum iudicium sumi potest; ut liceat & de una duntaxat iudicio experiri. *d. Leg. heredis, §. Item si plures, D. eod.*

CAP.

C A P. V.

Quo tempore recte agatur.

Iudicium ercifcundæ plufquam femel agitari non poteft; fed pro rebus fingulis cafu aut errore indivifis communi dividundo agi debet I.

Non idem tamen iuris quoad res in commune relictas in divifione privato confenfu facta; & quare. II.

Contra Auctor fentit, fi coheredes hoc animo hereditatem private diviferint ut nihil relinquerent indivifum III.

Quare alia, quæ & ipfa univerfalia videntur iudicia fæpius agitari queant; & quod huius ab illis difcrimen IV. V.

Caufa cognita poffe femel atque iterum agi iudicio ercifcundæ; & quæ huius rei caufa idonea. VI.

I. Tempus hoc iudicio, agendi quodvis vel tantillum ex hereditate commune erit, dummodo prius eodem iudicio actum non fuerit. *L. 1. C. eod.* Quod fi iam actum fit, utemur Ulpiani regula, familiæ ercifcundæ iudicium amplius quam femel agi non poffe, nifi caufa cognita: ut fi quædam res indivifæ relictæ fint, communi dividundo de eis agi poffit. *L. fi filia. 29 §. familiæ, D. eod.* Quod quidem ex genere huius iudicii efficitur. Eft enim, ut fupra dixi, de hereditate inter coheredes dividenda. Rebus autem priore iudicio divifis, quoniam id agebatur a iudice, ut ab omni communione difcederetur, neque quicquam indivifum maneret: *L. heredes, 25. §. Index, D. eod.* non poteft dici hereditas reftare, quæ inter coheredes dividatur, fi de hereditate defuncti dividenda agitur, quæ non eft; Res quidem fingulæ poffunt; ideo communi dividendo agitur.

II. Quid ni ergo, obiiciet quifpiam, maxima parte hereditatis privato confenfu divifa, dicamus de iis, quæ relinquuntur, hoc iudicio agi non poffe, quia non fit ea hereditas quæ fuerit: quod tamen fecus effe Imperator Severus & Antoninus refcripferunt: *L. 1. Cod. eod.* Quia rebus aliquibus ab heredibus in commune relictis apparet, non hoc animo eos fuiffe, ut hereditatem dividerent, alioqui totum diviffent. Iudicium familiæ ercifcundæ, non alia mente fufcipitur, nifi ut hereditas dividatur: atque hoc ipfum a iudice agitur, ne quid indivifum relinquatur. *d. L. heredes, §. iudex D. eod.*

III. Quæ ratio me movet, ut putem fi coheredes mutuo confenfu ita ad divifionem acceffferint, ut omnem hereditatem diviferint, & cafu aut errore aliquid indivifum relictum fit, nihilo magis iudicio familiæ ercifcundæ, de rebus relictis agi poffe, quam fi a iudice ante hereditas divifa eft. Et quod in *L. 1. C. eod.* fcriptum eft, iudicio hoc agi poffe, fi non omnem paternam hereditatem divififti, fic accipiendum videtur: fi non fenfu mutuo & cogitatione omnem divififti; ut ad divifionem hoc animo accederetis, ut totam divideretis; alioqui non video, qui magis hereditas poft divifionem a coheredibus factam relinquatur, quam poft divifionem factam a iudicibus, finge ei eafdem res, eodem errore indivifas manfiffe.

IV. Interim poteftate & fine huius iudicii cognito, facile apparebit, cur hoc iudicio fæpius agi non poffit: quibufdam, cum eandem generalitatem petitionis habere videantur, poffit fæpius, fi forte priore quid omiffum fit, quod in iudicium non veniffet. Ut puta, cum tutore iudicio tutelæ actum eft, & tutor condemnatus iudicatum folvit, fi eo iudicio de aliqua fpecie tractatum non fit, quam adolefcens ad tutelam pertinere dicat, non prohibetur iterum tutelæ de ea fpecie agere. *Leg. 2. C. de iudic.* Nimirum quia tutelæ actio univerfitatem non perfequitur; fed res quafvis ad caufam tutelæ pertinentes.

V. Iudicio familiæ ercifcundæ, nifi hereditas inter heredes communis fit, agi non poteft. At hic exemplum petitionis hereditatis ex adverfo occurrit. Etenim hereditatem fæpius peti poffe conftat, ut quifque videlicet rem hereditariam, quamvis minimam poffidebit, & fi nunc id eo abfolutum fit, quia non poffideat, iterum agi poterit, fi cœperit poffidere. *L. fi a te L. fi rem, D. de except. rei. iud.* Cur non ergo & fæpius iudicium familiæ

liæ ercifcundæ adverfus eandem agi poteft, cum in utrumque res eadem veniat, & paffim hæc in rebus comparentur? *L. fed etfi lege*, in fin. *D. de pet. her. L. 2. D. hoc tit.* Quia inter utrumque hoc intereft, quod petitione hereditatis, etfi is agit, qui hereditatem, id eft, univerfitatem fuam effe dicat: tamen cum eo agitur etiam, qui rem unam poffidet, de qua etiam controverfia eft. Iudicium familiæ ercifcundæ, quia ad hereditatem dividendam, inter heredes pertinet, non nifi de una hereditate utrumque effe intelligitur.

VI. Cauffa tamen cognita, fæpius agi poffe dicimus. Cauffam idoneam fere putamus, non fi minor fit, qui nunc iterum agit (quod ei denegatur, fi in divifione prioris iudicii non fit læfus, & in eo quod reftat, integra fit divifio) fed fi quod reftat, commode dividi non poffit, nifi uni adiudicetur; & quifquis erit cui adiudicabitur, pro eo viciffim alteri fatisfacere non poffit, fed neceffe fit aliarum rerum, quæ iam divifæ funt, adiudicatione fatisfieri. Neceffitas divifionis nimirum faciet, ut priore iudicio refciffo, quod plenum non fuit, novum inftituatur, non de iis quæ fuperfunt, fed de omnibus, quo res omnis transfigatur, adiudicationibus & condemnationibus non folum omnium perfonarum, fed etiam de omni re factis *arg. in hac D. eod.* Quod fi in id tantum quod fupereft, dare velimus, idque ita poffit, quanvis divifio prior non refcindatur, non video quo alio iudicio, quam communi dividundo agi poffit, cum non de tota hereditate, fed de una re aut certis iudicium fit futurum.

C A P. VI.

Quæ res in hoc Iudicium veniant ad divifionem.

In iudicum familiæ ercifcundæ venire id omne quod eft hereditarium: hoc vero quid. I.
Quæ in bonis atque in iure defuncti funt, enumerari fingula. II.
An res defuncto traditæ, & quæfitæ ab heredibus ufucapione ad hoc iudicium pertineant, & quatenus. III.

I. Nunc quæ res in divifionem huius iudicii veniant dicatur. Iudicium eft ad divifionem hereditatis, five rerum hereditariarum comparatum. *L. 1. D. eod.* Nempe id demum in iudicium veniet, quod fit hereditarium: fi quid non fit, non veniet. Quamobrem, ut quid veniat, aut non veniat, intelligamus, res non in enumeratione plurium rerum pofita eft, quæ tam multæ fine ullo ordine his titulis recenfentur: fed in generis definitione, quid fit hereditarium. Etfi hereditas recte definitur fucceffio in ius, quod defunctus habuit, cum moritur. *L. hereditas, D. de regulis iur. L. nihil D. de verb. fignif.* dicamus licet, id effe hereditarium, quod in dominio aut iure defuncti fuerit, quodque eo mortuo rei hereditariæ beneficio ad ea bona acceflerit. In dominio funt, quæ iis modis habita funt, quibus dominia rerum acquiruntur: ad quam partem referre oportet exempla, quæ hoc titulo leguntur, columbarum, quæ emitti folent, apum, quæ a fera beftia erepta, nec confumpta funt; item rei fub conditione legatæ: quæ ideo potiffimum proponuntur, quod de iis maior dubitatio effet; cæterum non alia ratione hæc in hoc iudicium venire dicuntur, nifi quod illa in bonis fuerint defuncti, & nunc maneant, quandiu eadem conditione habeantur, *L.* 8. *§. idem*, *L. & poft.* 12. *§.* 1.

II. In iure defuncti effe dico, quæ fuut in bonis; id eft, quorum nomine poffidens exceptionem, poffeffione amiffa ad ea recuperanda actionem haberet, *L. rem in bonis, D. de acquir. re. domi.* Cuius generis hæc funt, prædia vectigalia, & fuperficiaria, de quibus utilis in rem actio, *L. 1. fi ag. vect. L. 1. de fuperf.* res bona fide poffeffæ, de quibus publiciana, *L. 1. de publici. §. namque, Inft. de act.* res pignori defuncto obligata, de qua hypothecaria actio eft, *§. item Serviana, D. de actio.* Ideo has omnes res in hoc iudicium venire legimus, *L. item prædia*, 10. *L. fi pignori*, 29. *D. eod.* Quæ beneficio rei hereditariæ acceflerint, aut ab herede quæfita funt, quæque ideo ut hereditaria in hoc iudicium venire dicamus, hæc funt. Quod fundo hereditario ac-

cef-

Digitized by Google

ceffit, ut alluvione, *L. & puto*, 16. §. *id quod*, quod ex re hereditaria natum utentis eft, ut partus ancillarum, animalium & prædiorum fructus. *L. partum*, 11. *D. eod. L. non eft C. eod.* quod fervis hereditariis datum, quæfitumve eft *L. & poft.* 12. in pr. Quod iudicio de divifione partis hereditariæ fufcepto heredibus amplius adiudicatum eft, quoniam propter partem hereditariam confecuti funt, ut illis altera pars adiudicaretur. *L. Mævius*, 52. *D. eod. L. communi*, §. *fi debitor*, *D. comm. divid.* Poftremum quod ab ipfis heredibus quæfitum eft, aut ex obligatione hereditaria, aut poffeffione defuncti: quales funt res quæ heredibus traditæ funt, cum defunctus emiffet, aut quas illi ufu ceperunt cum defuncto traditæ effent. *L. veniunt*, 9. *D. eod.* Illud enim ex obligatione hereditaria natum eft: hoc ex eo quo defunctus poffedit, cuius ex perfona acceffione temporis heredes utuntur. §. *diutina*, *Inftit. de ufuc.*

III. De hoc genere pofteriore dubitatur: propterea idem Paulus, qui has ufucaptas ab herede in iudicium familiæ erci fcundæ venire dicit, alio loco & in petitionem hereditatis venire negat. *L. & non tantum*, §. 1. *D. de petit. hered. Si pro emptore*, inquit, *ufucapiò ab herede impleta fit, non veniet in hereditatis petitionem: quia heres idemque petitor eam vindicare poteft, nec ulla exceptio datur poffeffori.* Atqui fi in petitionem hereditatis non venit, non eft hereditaria *L. regulariter* & feq. *L. item videndum*, §. *ultim. D. de petit. hered.* Si hereditaria non eft, ne in hoc quidem iudicium veniet, in quo ipfo & res hereditarias ad divifionem verfari diximus. *L. ex hereditate*, *L.* 1. hoc mitto, quod paffim hæc iudicia in rebus perfequendis comparantur. *L. fed etfi lege circa finem de pet. hered. L.* 2. in princ. *D. hoc tit.*

IV. Mihi videtur, ut erit intentio, & titulus heredis in re perfequenda, cuius ufucapionem implevit: ita ea hereditariam habendam effe, aut non effe; illo modo in utrumque iudicium, id eft, & in petitionem venire hereditatis: hoc modo in neutrum venire, ne familiæ quidem erci fcundæ. Si heredes ideo perfequantur, quod a fe ufucapiam dicant, non videbitur hac ratione hereditaria, propterea quod hoc modo nunquam teftatoris fuit. Sin ideo perfequantur, id eft, quod & a defuncto habita poffeffaque eft: id perfequuntur, quod fuerit teftatoris, eoque & quod fit hereditarium: qua intentione propofita, non dubito, quin & in petitionem hereditatis veniat. Quod autem fimpliciter negat Paulus has venire, fic accipiendum eft, fi modo heres, ut tales vindicet, id eft, ut a fe ufucaptas.

C A P. VII.

Peculia filiorumfamilias utrum in communionem hoc iudicio veniant.

Quæftio hac in quo confiftat. I.
Peculium caftrenfe, aut quafi ad hoc iudicium non pertinere. II.
Item nec adventitium. III.
Solum in collationem venire profectitium peculium. IV.
Contrariis occurritur. V.

I. DE peculiis filiorumfamilias crebra his titulis mentio, uti vel veniant in divifionem, vel non veniant: quæ quæftio omnis in eo eft, utrum peculium filii fit in bonis patris, an non fit, quod fi fit in bonis eius, mortuo eo fit hereditarium: fi non fuerit, ne ex hereditate quidem fit patris, eoque tanquam proprium filii in divifionem hereditatis paternæ non veniat.

II. Et quidem peculium caftrenfe, & quafi caftrenfe conftitutionibus proprium filiifamilias effe conftat. Proinde patre mortuo, nec dum fratribus commune eft. §. 1. *Inftit. quibus non eft permiffum facere teftamentum. L.* 4. *C. hoc tit. L.* 1. §. *nec caftrenfe*, *D. de coll. bonor.*

III. Peculium adventitium conftitutionibus Iuftiniani ita in fructu patris eft, ut mancipio filii fit proprium. *L. cum oportet*, *C. de bon. quæ lib.* ob hanc cauffam ab eodem conftitutum eft, ne id in collationem veniret, *L. ultim. C. de collation.*

IV. Reftat quod a patre profectum. Id vero relictum effe conftat ex omnibus:

quod in patris bonis esset §. 1. *per quas per. nobis acquir.* Idem videlicet mortuo patre in hereditate patris, & ut cæteræ res hereditariæ in communionem cum cæteris heredibus veniet. Certum est autem Impp. Diocletiano & Maximiano liberorum peculia post mortem patris, in hereditatem dividendam ad communionem revocanda, *L. certum*, 13. *C. hoc titul.* nempe quæ iure civili perinde in bonis parentum numerentur, ac servorum peculia in bonis dominorum. §. 1. *Inst. quibus non est permis. fa. test. L. placet D. de acq. hered.*

V. At Imperatores de pecuniis liberorum generaliter loquuntur, neque ullum genus excipiunt. Sed quæcunque de peculiis filiorumfamilias dicta sunt, quasi ad patrem aut hereditatem patris pertinerent, semper in his peculium castrense, & quasi tacite exceptum est; quasi nec proprie id peculium esset, in quo filiusfamilias pro patrefamilias haberetur: *nam peculium, filiifamilias peculium intelligitur. L. ultim.* in fin. *C. de inoff. test.* unde id genus ad verba superioris rescripti aut sententiam pertinere non intelligitur. Adventitium autem peculium etsi proprie peculium fuit, & ad eius rescripti sententiam pertinet; tamen ei constitutioni postea constitutio Iustiniani derogavit, de qua modo dixi. Ita factum est posterioribus legibus ut verba non nisi iam de peculio profectitio accipi queant.

CAP. VIII.

De donatione a Patre in filium quem in potestate habet; ecquid in hoc iudicium veniat, seu quod idem valet, utrum morte patris confirmetur.

Donationem a patre in filiumfamilias collatam morte patris non confirmari; & nec in iudicium ercifcundæ vocari. I.

Contrariis occurritur; ideoque exponitur L. Filiæ 18. Cod. famili. ercisc. II. III.

Itemque explicatur L. donationes 25. Cod. de donat. int. vir. & uxor. IV. V. VI.

Donatio a patre in filiumfamilias profecta silentio non quidem morientis, sed emancipantis patris confirmatur; quæ differentiæ ratio. VII. V.

Cur si non hæc patris in filiumfamilias, donatio nihilominus inter virum & uxorem morte donantis confirmetur. VIII. IX.

I. EST autem profectum a patre vel maxime, quod pater filio donarit, & quod idem eit ita in filium contulit, ut separatum a suis bonis & rationibus esse vellet. Quod si ita est, neque donatio ea inter patrem & filium consistet, quod & certo iure receptum est, *L.* 1. *D. pro donat. L.* 2. *C. de inoff. dona.* quoniam nemo sibi donare potest: & donatione infecta, cum rem in bonis patris mansisse constet, consentaneum fuit, ut patre mortuo res donatæ filii præcipuæ non essent, sed in communionem vocarentur. Quod ne quis dubitet, aut diversum hic aliquid dici putet ab eo, quod de peculio, supra diximus: audiat quid iidem Imperatores de donatione patris rescripserint, quorum *L.* 13. *C. de collat.* hæc verba sunt: *si donatione tibi post mortem patris quæsisti fundum, soror tua portionem eius vendicare non potest. Nam si is filiæfamilias constituta tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra iura postulas.* Hactenus rescriptum Imperatorum, ex quo intelligitur nec donationem in filium collatam morte patris confirmari, ut filiifamilias propria efficiatur.

II. Quibus rescriptis multa contraria esse videntur. Primum illud, quod iidem rescripserunt, in hæc verba: *filiæ cuius pater nomine res comparavit, si non postea contrarium eius iudicium probetur, per arbitrum dividendæ hereditatis præcipuas adiudicari sæpe rescriptum est, L. filiæ C. h. t.* Tum maxime, quod Iustinianus in *L. donationis. C. de donat. inter vir. & uxor.* scribit donationes, quas parentes in liberos in potestate sua constitutos conferunt, per silentium donatoris, confirmari; & quidem ita ut eas cum donationibus inter virum & uxorem factis eodem numero habeat: quas quidem explicati iuris est, morte donatoris & silen-

lentio convalefcere, *L. cum hic ftatus*, §. 1. *D. de donatione inter vir. & ux.* Notum eft, quid hic vulgo refpondeatur: quia in pofterioribus his refcriptis, quæ tanquam contraria adduxi, donationem ideo valere, quod in filium tanquam bene meritum collatum fit; quafi ullus fit apex, unde quicquam eiufmodi factum effe intelligatur: aut quafi vicerint, fi hoc elogio donatum fit, donationem eo magis inter patrem & filium confiftere potuiffe: poftremo etiam quafi coniiciendum fit non effe quid donatum tanquam bene merito, quia fimpliciter in prioribus refcriptis donatum effe filio dicatur. Quorum fi nihil dici, ne probabiliter quidem poteft, aliam effe fententiam neceffe eft horum refcriptorum, atque intelligi volunt, fi modo inter fe non pugnent. At apparet in pofterioribus illis, nihil nifi ius antiquum commemorari. Mibi in eorundem fententiam attendenti occurrit, merito in refcriptis illis donationem patris in filium morte patris confirmari, aut confirmatam effe vetere iure fignificari.

III. Priore illud præcipuum folere adindicari filio continetur, quod pater filii nomine comparavit. Si hæc donatio eft, nihil cauffæ eft, cur non vehementer hæc refcripta fecum adverfari exiftimentur. Verum longe aliud eft, donaffe quid patrem filio: longe aliud, filii nomine comparaffe. Donat pater eum de fuo dat. Quod autem filii nomine comparavit, etfi pater acceperit, aut filio tradendum curaverit, numquam fit patris, neque filii, quandiu quidem pater voluntatem non mutet; non fit patris, quia ita traditio dominium transfert, fi ea mente fit, qui accipit, ut dominus fiat *L. in omnibus, D. de obl. & act. L. fi ego pecuniam. C. fi cer. pet. L. multum, C. fi quis alt. vel fibi:* non filii, quia fi huic acquiritur, eadem opera acquiretur patri, quod pater noluit. Neutri igitur acquiretur. Quorfum igitur accepit pater, aut filio tradendum curavit? ut filio quæreretur: fed tunc, cum filius fui iuris factus fibi habere potuit, quod mortuo patre, aut filio emancipato contingit. Quo tempore filius rem habere fuo iure incipiet, non quod pater donavit, fed quod pater fibi habere noluerit. Ergo interim nullius erit, dum pater vivet? nullius, neque vero novum eft, dominia fub conditione transferri, & tunc res tradita acquiretur ei, cuius nomine tradita eft, cum conditio extiterit, *L. qui abfens* §. 1. *D. de acqu. poffeff.*

IV. De conftitutione Iuftiniani cuius initium eft, *donationes*, *Cod. de donatione inter virum & uxor.* certum eft, quod refpondeam, non effe hoc illi propofitum, ut cuiufquam donationem, quæ antea non valuerit, ea conftitutione confirmet: fed hæc dicere, quæcunque per filentium confirmetur, hac lege confirmari, fi intra legitimum confliterit, aut excedens eum modum actis infinuata fuerit. Et in hoc genere effe donationes, quas parentes in filios in poteftate fua conftitutos contulerunt.

V. Num ergo hæ morte patris confirmantur, fi pater dum vixit, eas non revocavit? non hoc fignificatur. Silentio patris confirmatur, fed aut non omnis, aut non quævis: Si quid pater filii nomine comparavit, cuius contrarium iudicium fecutum non fit, & hanc donationem appellare licebit, quafi ideo dediffe videatur, quod eum poffit, non ademerit arg. *L. 1. fciendum*, iuncta *L. 6. de leg.* 3. fane hæc donatio morte confirmabitur; idque etiam ante defendebamus. *L. filiæ* 1. *C. h. tit.* fin donationem accipimus, quod eandem folum vere poffumus, cum pater de fuo in filium quid contulit, confirmabitur hæc quidem omnis donatio filentio patris: fed morientis filentio nequaquam, quod fupra ex manifeftis locis effectum eft: emancipantis filentio confirmabitur. Quod his verbis Papiniani declaratur *ex L. Donationes*, §. *pater*, *D.* de don. *Pater*, inquit, *qui filiæ, quam habuit in poteftate mancipia donavit, & peculium emancipatæ non ademit, ex poft facto donationem videbatur perfeciffe:* ad conftitutionem autem Iuftiniani fatis eft oftendi, vel uno aliquo genere donationes a patre in filium collatas per filentium patris confirmari. Illud quidem certum in omni interpretatione legum, perpetuo retinendum eft, quod ab eodem Iuftiniano accepimus, in legibus, si quid nominatim & aperte non conftituatur, id veterum legum, conftitutionumque regulis relictum, intelligi debere. *L. præcipimus*, in fine, *Cod. de appellation.*

VI. Neque vero fecta Iuftiniani conftitutione illa, de qua loquimur, quifquam dubitabit, quin fub conditione ita fcripta sit, donationes, si quæ per silentium confirmentur, hac lege ratas effe, quæ in ea conftitutione traditur. Num ergo quævis, num silentio quolibet? hoc ad conftitutionem inquam nihil pertinet. Id ex vetere iure explicandum eft.

VII. At hic etiam confiftitur, partim illo conceffo, quod fupra pofuimus, partim,

tim, quod de donatione inter virum & uxorem facta intelligitur. Silentio emancipantis patris inquimus, donatio perficitur, quæ ante in filium collata erat. Quid ni ergo & morientis, cum ut filius sui iuris efficiatur, nihil intersit, emancipetur ipse, an pater, cuius in potestate erat, decesserit. *L. 3. Cod. de instit. & subst. sub condit. fact.* Quia & iure potestatis, nihil refert exeat quis potestate morte patris, an emancipatione: in iudicio & voluntate donantis plurimum. Non enim ob aliam caussam emancipare intelligitur filium pater, nisi ut is, quæ habet habiturusque iure est, sibi habeat, eiusque propria efficiantur. Nemo ideo moritur, ut filius quicquam habeat, sed quia necessitati naturæ parere cogitur. Et sane hoc sentire Papinianum, caussam non eandem esse in donatione confirmanda, cum pater moritur, & cum filium emancipat, vel hoc magnum argumentum est, quod ipse tunc dicat, patrem videri donationem perfecisse, cum emancipato peculium non ademit. Inepte definitionem de emancipante patre concepit, si in moriente idem iuris in donatione perficienda esse intellexit.

VIII. Iam & illud dubitationem facit; utcunque de donatione a patre in filiumfamilias collata confirmanda, aut non confirmanda constitutum esse dixerimus, illud constat, non magis iure civili donationem inter virum & uxorem consistere, quam inter patrem, & filium, quem is in potestate habeat. Quod si donationes inter virum & uxorem factæ morte donantis, quem non aperte pœnituerit, confirmantur in *L. cum hic status. §. 1. D. de don. inter vir. & uxo.* quis dubitet a patre item profectas in liberos morte patris confirmari? quanto igitur æquius est bona patris ad liberos redire, quam ad extraneos; quanto autem proclivius & magis secundum naturam, propensiorem parentum in liberos, quam in alios voluntatem existimari, *L. Nam et si D. de inoff. test.* Prius autem iuris explorati. Posterius igitur, vel multo etiam magis recipiendum est. Hic ego, priusquam de similitudine harum rerum respondeam, hoc mihi præfandum esse arbitror: etsi rationem diversi iuris reddere non possim, tamen hoc me putare ad responsionem satis esse, si dicam; sive aliqua ratio sit, sive non sit, recte quidem hoc constare, aliud de donatione patris in liberos, aliud de donatione inter virum & uxorem, placuisse. Iam olim temporibus Severi Imperatoris de donationibus inter virum & uxorem factis ab hærede non revocandis cautum est, *L. cum hic status D. de don. inter vir. & uxor.*

IX. De donatione a patre in filiumfamilias profecta hoc rescriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani non longo intervallo secutorum legimus, sub titulo Codicis de collationibus; *si donatione tibi post mortem patris quæsisti fundum, soror tua portionem eius vindicare non potest. Nam si is filiofamilias constitutæ tibi a patre donatus est: cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra iura postulas.* Ex quo intelligitur, & donationem patris morte eius non confirmari, & illa constitutione, de donationibus inter maritum & uxorem confirmandis, nihil de iure donationum paternarum esse derogatum: quod eiusmodi est, ut omnibus legibus & rescriptis post secutis confirmaretur: quo posito boni interpretis fuit rationem quærere potius, qua hæc varietas probaretur, aut certe obscuram negligere, quam unius exemplo in altero genere, quod certum esset evertere conari. Sed huius diversitatis probe ratio constat. Etenim in donatione inter virum & uxorem, quod ea prohibita est, iuris civilis ratione efficitur, non natura. Natura igitur & maritus & uxor donationis capaces sunt; neque turpe est alterum alteri donare. Fuit igitur benevolentiæ & humanitatis non præfracte donationem inter eos, tanquam inter ineptos prohibere, sed hoc statuere, ut ita nullius esset momenti, si marito videretur eam revocare; quod si eum non pœniteret, heredem eripere non debere. Itaque Ulpianus hanc constitutionem de huius generis donatione non revocanda eo pertinere dicit, ut aliquid ex rigore eius relaxetur. *L. cum hic status in pr. D. de dona. inter virum & uxor.* aperte prohibitionem donationis ex rigore iuris civilis esse innuens. At donatio inter patrem & filiumfamilias quod non consistit, non iuris civilis prohibitione fit, sed rei natura. Hoc exposito, quicquid filius acquirit, acquirere patri, cuius in potestate est, non potest pater filio donare, ut quod donatum est, filii efficiatur: nec si moriens eandem inculcet donationem quicquam egerit, ut filio donationem confirmet, quæ vivo eo valere non potuit, post mortem autem ideo non valebit, quia nec mortis caussa donatum, nec legatum esse a patre proponitur.

CAP.

C A P. I X.

Vocari in hoc iudicium etiam quod hereditarium non sit, si eiusmodi sit, ut iure conferri oporteat: & de collatione.

I. Ergo quicquid horum est, quod supra attigi; ideo in communionem cum reliquis heredibus hoc iudicio vocatur, quia sit hereditarium, seu quia fuerit in bonis patris: si quid non venit, caussa in eo est, quod fuerit in bonis filii, eoque nec sit in hereditate patris. Quibus confirmatur, quod posui, id demum venire in hoc iudicium, quod hereditarium sit, quod in alia caussa sit, non venire. Quod sic accipi convenit, nisi heres conditione personae ad collationem bonorum suorum vocetur. De rebus & quae suapte natura in hoc iudicium cadunt, loquimur. Sed est etiam cum heres de suo conferre caeteris coheredibus debeat.

II. Quod in quibus receptum est, non erit dubitandum, quin hoc iudicio ad eam collationem cogantur. *L. filiam, C. de collat.* Quo tempore primum emancipati liberi, eum iis, qui in potestate manserant edicto praetoris ad successionem patris vel intestati, vel tanquam intestati admissi sunt, bonorum possessione contra tabulas, aut unde liberi, petita: Iniuria quae ex communicatione bonorum iis, qui in potestate fuerant, inferri videbatur, initium & caussam collationi bonorum dedit. Iniuria non tantum in eo fuit, quod iis pars bonorum avocatur, quae lege 12. tabularum tota suorum heredum erant, (quod quidem ferendum fuit, cum res hoc facto ad aequitatem naturae revocaretur. Emancipatio enim naturam non mutat: neque facit, ut qui filius fuit, eo minus esse intelligatur, quia emancipatus fuerit) sed in eo maxime, quod in perceptione bonorum deteriorem esse conditionem suorum heredum necesse est, quorum meliorem esse conveniebat. Nam quicquid filius, qui in potestate mansit, acquisierit, id totum fuit patris, *L. placet, D. de acq. heredit.* §. 1. *Inst. quib. non est per. fa. test.* & quia patris, etiam mortuo patre, tanquam ex eius hereditate cum emancipatis commune esse necesse fuit. *L. certum, C. fa. ercis.* Contra filius emancipatus, quia sui iuris est, quicquid acquirit, id sibi habet: eoque nec ad hereditatem patris pertinet, ex qua id solum esse intelligendum est, quod ille moriens habuit. *L. nihil D. de verb. sig.* Ne frater quidem, igitur is, qui in potestate mansit, id commune cum emancipato habebit. Ita fit, ut hic bonorum fraternorum particeps sit; ille bonorum emancipati nullam partem capiat, quae inaequalitas in primis est contra naturae actionem. Ergo ut emancipatos ad successionem vocavit praetor, ita vocavit, ut res ad aequabilitatem revocaretur, dum hac lege emancipatos admittit, si bona sua conferrent, qui appetunt paterna, in quibus & fratris bona sunt, qui in potestate mansit. *L.* 1. in princ. *L.* 3. §. *emancipati, D. de coll.* Ex quo intelligitur, quod in hac caussa quaerendum fuit, qui, quibus, quae conferre debeant, & quando. Emancipati videlicet iis, qui in potestate fuerunt, conferre debent. *L.* 3. §. *quoties*, §. *emancipati de coll. bon.*

III. Ergo extraneus est, qui cum filio a patre heres sit institutus? nihil hic de suo conferet, ut admittatur, neque enim hic quicquam filio aufert, sed voluntas & iudicium patris liberi sunt, & omnes emancipati? inter hos collatio locum non habebit. *L. si emancipati, Cod. de collat.*

cum

cum nemo aliter quicquam auferat, sed pari iure ad hereditatem vocentur, & si quid ante habuerunt, id quisque sibi retineat, neque cum altero communicet. Fuerunt omnes in potestate patris, cum is moritur? ne hi quidem invicem conferent. Peculium castrense & quasi castrense, si quod habuerunt, iis præcipuum est. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon.* cætera in communionem quidem veniunt. *L. filia §. 1. C. de coll.* Verum ideo, quia hereditaria sunt, veniuntque eadem lege, qua cætera, quæ in bonis defuncti fuerunt: non quod a fratribus de ipsorum bonis conferantur, quæ ipsorum propria non fuerunt. Ex iis unus emancipatus est, alter in potestate mansit? multo minus emancipato conferetur. *L. 5. §. portiones, D. de coll. bonor.* non quod filiusfamilias si quid vivo patre quæsivit, id patre mortuo habeat præcipuum, nec sit cum emancipato commune. *d. L. filiæ, §. 1. Cod. de coll. L. certum, C. fam. ercis.* sed quia id hereditatis iure sit, quod hæc in hereditate patris numerentur: non collatione bonorum, quæ ab iis tantum conferri dicuntur, quorum propria fuerunt.

IV. Hic tamen dos filiæfamilias item donatio a patre in filiumfamilias profecta excepta est. Dotem filiafamilias non solum fratribus in eadem potestate constitutis conferre cogitur, sed etiam emancipatis: illis & profectitiam & adventitiam, his profectitiam *L. 3. L. filiæ 12. Cod. de collation. titul. D. de collation. dot.* Et quoniam eodem iure esse placeat donationem propter nuptias, etiam filiusfamilias hanc & fratribus & sororibus confert. *L. ut liberis, Cod. de collation.* Cur ergo ex omnibus filiifamilias bonis dos potissimum excepta? Quia cætera, ut olim ius fuit, in bonis patris fuerunt: idcirco satis sua sponte communia sunt, non dico, fratribus, sed etiam heredibus omnibus, qui patri successerunt. Illud in dote ius singulare, ut filiæ tanquam proprium patrimonium numeraretur etiam vivo patre: mortuo patre filiæ esset præcipua. *L. 5. §. sed utrum* in fin. *D. de iure L. Pomponius Philadelphus, D. h. tit.* Quare si cum fratribus communem esse vellemus, necesse fuit eam ad collationem vocari. Æquum autem fuit communicari æqualitatis inter fratres conservandæ caussa.

V. Relinquitur, ut hac specie excepta, soli emancipati fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debeant. Quæ autem debuerunt conferre? Exigit edictum, ut bona, quæ quidem habuerunt eo tempore, quo pater moritur. *L. 1. in prin. L. 2. §. Illud. L. 3. §. quoties. §. emancipati. de coll. bo. L. ea demum. L. si donatione C. eod.* Unde liquet, sive a patre donata essent, sive aliunde, ea conferri debuisse. Et recte scilicet, quia non profectitium solum peculium filii, qui in potestate mansit, sed etiam adventitium fratribus commune erat post mortem patris, ideo, quia hereditarium. Sed postquam peculium adventicium proprium filiifamiliæ certum est constitutionibus: consentaneum fuit, ne id quoque a fratre emancipato conferretur, quod aliud quam a patre accepisset, quod & a Iustiniano constitutum est. *L. ult. C. de coll.* Ita solum emancipati tunc conferent, quæ a patre donata acceperunt.

VI. De quibus hoc placere interpretibus nostris video, ne aliter hæc ipsa conferantur, quam si ea lege a patre donata fuerunt, ut conferrentur. Ducuntur in eam sententiam verbis constitutionis Iustiniani, in qua ad hunc modum scriptum est: *si qui sint ex fratribus, qui donationem propter nuptias, aut dotem a parente acceperint: quorum utrumque ad collationem vocari constat: sint autem alii, quibus simpliciter a patre quid donatum sit; ne qua inæqualitas efficiatur, eos quoque qui donationem simplicem habent, hanc conferre debere: neque recusare collationem ex eo, quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit:* hæc enim extrema verba sunt constitutionis. *in L. penult. C. de coll.*

VII. Quæ quidem ego, si nihil aliud de iure vetere proponatur, non dubitem ita accipi debere, ut illi fecerunt, simplicem a patre profectam in collationem venire. Sed cum tota constitutio superior ex conditione veteris iuris pendeat, ut dicat Iustinianus eam donationem conferri debere, in superiore specie, ne quod iniustum oriatur: nempe ex vetere iure, si ut id ius fuit, filius eam donationem conferre non cogatur: inspiciendum arbitror, quod nam ius de ea re, ex aliis locis ostendatur. Id si doceri potest aliud fuisse, quam isti volunt, non hac constitutione id immutandum esse, in qua nihil tale Iustinianus propositum sibi esse dicit: sed ex illo constitutionem esse interpretandam. Videamus autem, num id in iure fuerit, ut quicquid filius emancipatus haberet, bona denique conferre deberet. Quod quidem non obscuris locis traditum est, quos notare sit satis. *L. 1. in prin.*

L. 2.

L. 2. in prin. & §. 1. *L.* 3. §. *quoties* §. *emancipati*, *D. de coll. bon.*

VIII. Quid autem in his nominatim immutatum eſt, niſi ut res, quæ parentibus ex conſtitutionibus patri non acquiruntur, id eſt, quæ aliunde obveniunt, quam a patre, ne conferantur? *L. ult. C. de coll.* Ex quo intelligitur etiam nunc ea manſiſſe ad collationem, quæ a patre profecta ſunt, quocunque modo ſint donata. Quinimo etiamsi nulla lex vetus proponeretur, quæ emancipatos ad collationem bonorum vocaret: tamen vel hæc Iuſtiniani conſtitutio, quæ bona adventitia excepit, id confirmaret; hæc bona olim ab emancipatis conferri debuiſſe, quanvis ſimpliciter eſſent donata. Quod ſi hæc debuerunt, quanto magis illa debuiſſe dicemus, quæ a patre donata erunt? ſiquidem multo æquius eſt, filios bonorum paternorum fieri participes, quam eorum, quæ aliunde ad fratres venerunt. Quod, an dubium eſſe poteſt, in his Leonis Imperatoris verbis? ex *L. ut liberis*. in fi. *C. de coll. Emancipatis videlicet*, inquit, *liberis utriuſque ſexus, pro tenore præcedentium legum, ea quæ in ipſa emancipatione a parentibus ſuis, ut aſſolet fieri, conſequuntur, vel poſt emancipationem ab iiſdem parentibus acquiſierint, collaturis*. In quibus illa verba, *pro tenore præcedentium legum*, nihil aliud ſignificant, niſi velle Imperatorem hæc conferri, ut & præcedentibus legibus cautum erat.

IX. Quid ergo ſibi vult conſtitutio Iuſtiniani, quæ id cavit, inæqualitatis vitandæ cauſſa, ut filius ſimplicem donationem tunc conferre cogeretur, cum aut a fratribus, donationem propter nuptias, aut a ſororibus dotem percipit ex collatione: niſi hoc ius antea fuit, ne hoc donationis genus conferretur? Nimirum, hoc eſt: ina hoc ita fuit in aliquibus generibus; non fuit in omnibus. Si quid pater filii quem in poteſtate habet nomine comparaſſet, hoc ius valuit, & iure valet, ut mortuo patre filii præcipuum eſſet, neque cum fratribus communicaretur, ut ſupra diximus, *L. filiæ*, *C. fa- mil. erciſc.* Hoc vult Iuſtinianus, ſi qua iſtiuſmodi donatio a patre in filiumfamilias ſit profecta, etiam hanc tum conferre debere, cum fratres dotem aut donationem propter nuptias ab eodem patre acceperint. Sub conditione enim loquitur conſtitutio, quod nobis expendendum eſt: ſi eveniet, inquit, ut donatio ſimplex conferenda non ſit pro iure vetere, etiam tunc conferri debebit, cum fratres dotem aut donationem communicabunt.

X. Et hæc quidem bonorum ratio, quæ conferri debeant. Ea tunc ex edicto & iure vetere conferri debuerunt, cum aut filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiiſſet, aut alioqui pater inteſtatus deceſſiſſet, *L.* 4. *L. ut liberis*. *C. de coll.* ſi inſtitutus a patre cum fratribus ſuccederet, non vocabatur ad collationem; quia nullam iniuriam faceret fratribus, ad quos de bonis patris nihil amplius pertinere potuit, quam concederet iudicium patris, *L.* 1. *de coll.* hinc eſt, quod *in L. Pomponius Philadelphus D. eod.* a Papiniano reſponſum legimus, filiam quod dotis ſit, præcipue habere contra quam a nobis de dote ſupra dictum videri poteſt; quippe filia a patre inſtituta proponebatur, hoc caſu dotem non conferret, *d. L.* 1. *C. de coll.*

XI. Iuſtiniano autem in *Novella decimaoctava*, *de trient. & ſemiſſe.* viſum eſt, ſive teſtatus ſive inteſtatus moreretur pater, conferre eos debere, qui prioribus legibus ab inteſtato ad collationem vocabantur; niſi quid a teſtatore exciperetur, quoniam incertum ſit, inquit, oblitusne eorum quæ dedit, an mortis perturbatione prohibitus, ea de re mentionem non fecerit.

XII. Conferre autem bona eſt bona in iudicium ferre, ut cum fratribus communicentur partibus hereditariis. At quas olim diceremus portiones collationum ut Ulpianus exemplis probat *in L.* 1. §. *portiones*, *D. de collation. bonor.* quia tunc ſolum collationi locus erat, cum inteſtato ſuccederetur; lege autem inter heredes ex æquo hereditas dividitur. Nunc, cum ab inſtitutis etiam collatio exigatur, hereditarias dicere oportebit, ut pro qua parte quiſque heres erit, tantum ex collatione bonorum fraternorum capiat.

CAP.

C A P. X.

Non venire in divisionem, quod commune non sit, quanvis sit hereditarium, &c.

Quod hereditarium est, ita ad hoc indicium pertinere, si sit commune inter heredes. I.

Hereditarium quod est, potest commune non esse tribus modis. II.

1. *Cum fundi hereditarii partem unus heres alienavit; sive duo sint, seu plures heredes*. III.

Contrariis occurritur; & I.C. Pauli sententia in L. heredes 25. §. si testator *D.* famil. ercisc. *illustratur*. IV.

2. *Cum res a iure divisa est inter heredes; quod tale sit*. V.

3. *Cum res suapte natura est individua, ideoque tota singulorum*. VI.

I. ERgo ut ad id, quod propositum est, revertamur; non veniet in divisionem hereditatis, quod non sit hereditarium: nisi cuius bona ad collationem vocentur. An igitur venit omne, quod est hereditarium? non statim: sed ita, si sit inter heredes commune, ut a communione discedatur, *L.* 1. *D. eod.*

II. Potest autem quod hereditarium sit, non esse commune. Id tribus modis efficitur: Si unus rei communis partem alienavit: si qua res inter heredes sua sponte divisa sit: si qua ita sit omnium heredum, ut singulorum tota sit, non pro parte.

III. Si fundi hereditarii partem heres alienavit: a communione recessum est, placetque ideo in hanc actionem fundum non venturum. *L. ex hereditate*, 54. *D. eod.* Et quidem cum eo, qui alienavit, plane hoc indicium non erit. At, quid si fingamus, plures heredes fuisse, quam duos, ex quibus unus duntaxat partem alienavit: nonne recte dicemus quod reliquum est inter cæteros hoc iudicio dividi posse, cum inter eos & hereditarium, & commune manserit? Minime, planeque in hoc iudicium fundus non veniet, hocque est, quod Neratius sensit cum superiore specie ita scripsit in *d. L.* 54. *Utrum autem unus heres partem suam non alienavit, an plures, nihil interest: si modo aliqua portio, alienata ab aliquo ex heredibus, hereditaria esse desiit*. Fit hoc huius iudicii natura, quod tale est, ut nihil agatur, nisi in omnium heredum persona inter quos actum est, aut omnium rerum adiudicationes & condemnationes fiant, *L. in hoc iudicio*. 27. *D. eod.*

IV. Sed non immerito huic sententiæ contrarium videri potest, quod ex Paulo in *L. heredes*, 25. §. *si testator*, *D. eod.* ita scriptum est: *si testator rem communem cum extraneo habebat: sive rei suæ partem alicui legavit, sive heres ante iudicium familiæ erciscundæ acceptam partem suam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quæ testatoris fuit, alieni iubeat tradi*, ut illa verba, *sive rei suæ partem alicui legavit*, acceperimus; ita contrarius locus erit priori sententiæ, aut non erit contrarius; ambigua & oratio est. Potest hoc, *legavit*, sic accipi, ut subandiatur testator: potest hoc modo, ut subaudiatur extraneus. Si testatorem legasse intelligimus, quod sane præclare erat ex forma orationis, cum res de eo proposita esset; negari non potest, quin locus sit contrarius. Itaque cum Accursius ita acciperet, meras nugas ad eum locum attulit, planeque verborum sensum pervertit. Sin extraneum legasse intelligimus, locus non discrepat: sed hanc sententiam exponunt. Si testator rem cum extraneo communem habeat, quanvis extraneus heres institutus partem suam alienaverit: nihilominus ea pars, quæ testatoris fuit, manebit hereditaria, eademque omnium heredum communis; & ideo in iudicium quoque veniet. Quod præclare convenit: hoc enim solum quærimus, ne quid de ea re, quæ testatoris fuit, ab herede alienetur. Si quid heres de suo proprio alienet, quanvis in re cum defuncto, eoque & cum cæteris coheredibus suis communi, ad rem non pertinet, neque hoc iudicium mutat. Non modo hanc sententiam ratio ipsa, & locus contrarius flagitat: sed etiam ipsius Pauli verba, quibus non obscure

ſcure ſignificat, in ea re, quam teſtatori cum extraneo communem dicit: partem teſtatoris manſiſſe, aliam quandam fuiſſe alienatam. Ne quis autem hoc loco in hoc ſcriptore iſtam ſcribendi rationem admiretur; ita perturbate & alibi ſcribere conſuevit, cui rei certiſſimo documento erit, *L. ſi pignori, h. t.* ne longius abierimus. Sed ne laboremus, quæ hoc loco propoſiti conturbatio, eſt eadem prorſus, ſed manifeſta apud eundem eſt, *in L. 12. D. de novat. Si quis*, inquit, *delegaverit debitorem, L. ea qua. C. eod. qui doli mali exceptione, ſe tueri poſſe ſciebat, ſimilis videbatur ei, qui donat*. Similem ex verbis intelligeremus eum, qui delegavit; nam de eo propoſuit, non ita eſt, debitorem intelligit, ſimilis videbitur, ſupple debitor, ut locus manifeſte arguit.

V. Altero modo fieri diximus, ne res ſit communis, ſi ſit iure inter heredes diviſa. Id enim commune, quod ita meum eſt, ut ſit etiam alterius. *L. illud de ritu nupt.* Porro rebus diviſis unuſquiſque partem ſuam habet, ut quod cuique obtigit, id ſolus teneat, neque inde quicquam alius vindicet. Ita non eſt commune, quod diviſum. Huius generis nomina ſunt hereditaria: id eſt, quod teſtator debebat, & quod teſtatori debebatur. *L. ea quæ. C. eod.* Hæc ita L. 12. tabu. inter heredes dividuntur, ut ſi quid teſtatori debitum fuit, ſinguli heredes pro portione hereditaria eo nomine adverſus debitores habeant actionem: ſi quid ille debeat, heredes ſinguli pro hereditaria portione teneantur. *L. 1. L. 2. Cod. hered. acquir. L. 1. Cod. ſi cer. pet.* Idcirco convenit hæc in iudicium familiæ erciſcundæ non venire. *L. 2. §. ult. D. eod.* Quod hanc vim habet: ut iudex qui de hereditate dividenda ſumptus eſt, nomina uni alicui adiudicare non poſſit, ſive quod idem eſt, nomina ſolida ita alicui attribuere ut vel ſolus ipſe habeat ſuo nomine actionem, vel ſolus creditoribus teneatur. Poſſunt tamen, ſi res exigere videatur, pro ſolido alia alii attribui, ne ſolutio vel exactio particularis aliquid incommodi afferat. Sed ita ut ſive agendum ſit, is cui nomen attributum eſt, partim ſuo, partim procuratorio nomine agat: ſive contra cum eo agatur, partim ſuo, partim procuratorio nomine conveniatur, de hac attributione *Caius in L. 3. D. eod.*

VI. Res hereditariæ quædam ſunt; quod tertium genus erat, quæ ſingulorum heredum totæ ſunt. Tales ſunt actiones earum rerum, quæ res ipſæ dividi non poſſunt, cuiuſmodi eſt: ſi quis viam ſtipulatus ſit. Neque ſtipulatoris heredes viam pro parte petere poſſunt, & ſi cum heredibus promiſſoris agetur, a ſingulis ſolida petitio futura eſt. *L. viæ de ſervit.* Non igitur, huiuſmodi ſtipulationes, promiſſionesve, in hoc iudicium venient. *L. heredes, §. An ea ſtipulatio. D. eod.*

C A P. XI.

Quædam quanvis hereditaria & communia in huius iudicii diviſionem non venire.

Tria licet hereditaria & communia non venire in hoc iudicium. I.
1. *Quod noxium eſt, & paratum dumtaxat ad nocendum. Quod tale ſit* II.
2. *Quod ſcelere eſt, & malis artibus quæſitum. Quotuplex hoc, & quare in hoc iudicium non veniat*. III.
3. *Quod heredum uni prælegatum, aut uni teſtatoris iudicio datum ab altero*. IV.
Cuius generis, & quæ ſint. V. VI. IX.
Et cur illa præcipere filiusfamilias poſſit ac debeat. VII. VIII.

I. SUnt res & hereditariæ & communes. Sed hæ denique ad diviſionem hujus iudicii natura ſua pertinebunt: Quæ tamen excipiuntur, magis æquitate rei & iudicii, quam rerum natura. In hoc numero ſunt hæc tria; si quid noxium ſit, ſeu ad nocendum tantum paratum: ſi quid ſcelere & male partum: ſi quid alicui ex heredibus debeat eſſe præcipuum; quod poſtremum ſic in hoc iudicium non venit, ut dividi inter heredes non debeat: venit tamen hactenus, ut officio iudicis in

in præcipuum ferat, cuius esse oporteat. *L. si qua, C. h. tit.*

II. Si quid noxium sit, in hoc iudicium non venit, cuius generis mala medicamenta, libri magici, etsi qui ad contumeliam omnipotentis Dei scripti sunt. Idcirco, quod cum vim tantum habeant nocendi, a iudice, quem viri boni & innocentis officio fungi oportet, retineri non debent, præsertim in iudicio bonæ fidei, quale hoc iudicium est. *L. 4. §. mala, D. eod.*

III. Non venit, si quid ex peculatu vel sacrilegio, si quid vi, aut clam aut latrocinio, aut aggressura quæsitum est. *L. 4. §. sed & si quid, D. eod.* Duabus de caussis: vel quod testatoris non fuerunt, eoque non sunt hereditariæ: vel quod si quis vi extorserit, ut sibi a domino traderentur, atque ita ipse dominus factus est: rerum turpiter quæsitarum nulla societas, nulla communio est. *L. 1. §. plane, de tut. & rat. dist. L. nec permittendum, D. pro socio.* Sed neque turpitudinem rei gestæ iudex adiudicatione sua comprobabit.

IV. Quædam vero uni alicui præcipua esse debent. In omnium heredum persona id præcipuum esse debet, quod cuique voluntas testatoris detulit. Quam conservari in primis ad officium iudicis, familiæ ercifcundæ pertinet. Id autem est, si quid uni prælegatum, aut fideicommissum est: *L. si qua L. 4. §. 1. D. eod.* quod genus legati, quia hoc iudicio ante cæteros in divisione hereditatis ab herede caperetur, dictum est præceptio, auctore Theophilo in *§. L. Institut. de L.* sic nominatur *in L. heredes, §. ultim. L. rem pignori, D. eod.* ad eandem rationem pertinet, & quod uni ab alio datum est iudicio testatoris. Nam id quanvis hereditarium fuerit, eius proprium esse debebit, cui datum est.

V. Tales sunt nummi peculiares, a statu libero conditionis implendæ caussa dati, quos quidem hereditarios esse, & iure hereditario capi constat. *L. id autem, D. ad L. Fal.* Recte tamen dari a statu libero ad conditionem implendam, si hac lege manumissus sit, si decem datet; dari & voluntate testatoris. *L. 3. de statu lib.* Ideo heredi ex hac caussa datos dandosve, & præcipuos esse convenit *L. filia, §. ult. D. eod.*

VI. In filii autem familiæ persona duo sunt genera rerum; quas ille patri succedens præ cæteris capere debeat. Primum, si quid ex suo contractu debuit, quo nomine & vivus pater teneretur. Tenetur autem ex his caussis pater, si filius iussu patris contraxit: si in rem patris versum est: si filius peculium habet. vide *titulum Instit. Quod cum eo*, postremo si filiusfamilias magistratum suscepit, consentiente patre, & vivo patre aliquid ex ea caussa reliquatus est. *L. 2. D. ad municip.* Nempe quicquid ex his caussis pater debuit, filium præcipere posse dicimus: ex cæteris solidum, ex quibus quoque solidum pater debuit: ex caussa peculiari solum peculium, quia pater & de peculio tantum teneretur. De liberis prioribus traditur in *L. si filia, §. 1. D. eod.* de reliquatione muneris publici est in *d. L. si filia, §. idem stabit, & sequ. L. ex parte, §. filius, D. eod.*

VII. Qua ratione autem hæc filiumfamilias præcipere debere dicimus? quia hoc patris æs alienum ut est, innuit Ulpianus in *d. L. si filia, §. Item, scribit:* cuius tamen nomine solus filiusfamilias in solidum tenetur, si creditores velint. Constat enim omnibus caussis filiumfamilias obligari, non secus, quam paterfamilias *L. tam ex contractibus D. de iud. L. filiusfam. D. de oblig.* Neque vero æquum est, ut qui ex parte tantum heres sit, hunc solum æs alienum agnoscere.

VIII. Immo, hic dicat aliquis, solum filiumfamilias id præstare æquum est, quod ipse contraxit; cum hoc ipsius æs alienum videri debeat potius, quam patris: quod ille magis, quam pater debuit. Dicendum est, si creditorem spectemus, filiifamilias obligationem esse, qui creditori teneatur ideo, ne creditor decipiatur. Quod si res inter patrem & filium agetur; re vera una patris obligatio est. Quod inde intelligere possumus, quod pater conventus eo nomine si aliquid præstiterit, ipse a filio non queat repetere. Et nimirum ita res habet: quemadmodum ex filii persona omne commodum capit pater, ita incommoda ex eo si qua sunt agnoscere eum æquum est, *L. ex qua persona D. de reg. iur.*

IX. Præter hæc & filiusfamilias maritus uxoris suæ dotem præcepit, si forte patre vivo data esset. Non & ipso iure ad filium redit, quanvis maritus sit. Quippe socero data illi ipsi acquiritur, & ut data non esset: tamen olim iure potestatis illi quæreretur, & quoniam eius fuit, eo mortuo, heredis quoque esse, ut rem hereditariam necesse est. Quod cum non sit æquum; eam hoc iudicio filius præcipuam obtinebit. *L. si filia, §. 1. L. fundus, 51. D. eod.* Ideo autem non est æquum apud alium esse hereditatem, quam apud maritum. Quod dos matri-

monii

monii oneribus ferendis datur. *L. pro oneribus, C. de iure dot. L. si pater, D. eod.* Onera porro matrimonii folum maritum fequuntur. Et dos igitur eum confequetur. Itaque quamvis filius heres a patre non fit inftitutus, aut fit fub conditione: placet tamen antequam conditio extiterit, filium dotem præcipere, five habere fibi debere *L. si maritus, D. eod.*

C A P. XII.

De perfonalibus huius iudicii præftationibus.

I. RES quæ effent, quæ in divifionem huius iudicii venirent, diximus. De perfonalibus præftationibus videamus. Præftationes perfonales vocamus, quicquid coheres, quod non fit hereditarium coheredi præftare propter communionem hereditatis debet. Hæ tribus in rebus verfantur. Nam aut in eo funt, quod coheredi de fuo abeft per cauffam hereditariam; aut in eo, quod ex eadem cauffa, abfuturum eft, aut eo, quod minus habet de hereditate, quod quidem per heredem factum fit, fiatve, quominus habeat.

II. Quod alteri abeft, id coheres hoc iudicio exigit a coherede duabus de cauffis; fi abfit vel ex facto coheredis; vel fuo, dum negotium hereditarium gerit.

III. Ex facto coheredis contingit, ut cæteri coheredes quid præftent, cum ftipulatione aliqua a defuncto interpofita ne quid fiat, vivus contra eam ftipulationem committit. Sic enim fit, ut eum pro parte peccari non potuerit, ftipulatio in folidum committatur: ea commiffa, omnes quamvis nihil deliquerint, teneantur, quia promiffio fit hereditaria, cuius conditio extitetit. *vide L. heredes, §. contra L. inter, §. quod ex facto, D. hoc tit. L. 2. §. ult. de verb. oblig.* Verum aliis nocere, quod alius deliquerit, non decet.

IV. Negotium hereditarium gerendo, heres alios coheredes hoc iudicio fibi obligat, fi utiliter & quafi heres geffit. Gerit utiliter, qui pro commodo hereditatis gerit, dum vel heredes liberat æs alienum folvendo, aut res hæreditarias fervat fuis fumptibus, aut meliores facit. Hi funt fumptus, quos in hoc iudicium venire dicimus. *L. his confequenter, §. fumptum, D. eod. L. filiæ. §. 1. C. eod.* Quod contra impenfum eft, nulla utilita-

te scilicet rei hereditariæ, neque hoc iudicio exigitur, neque negotiorum gestorum actione. Exempla cognosce ex his locis. *L. inter*, §. *quod ex facto*. *L. qui. heres* D. *eod.*

V. Quasi heres autem rem hereditariam gerere intelligitur, non qui ideo gerit, quia expedire cæteris putat, ubi nulla necessitas communionis rem totam gerere eum cogat: nam alioqui etsi heres non esset, idem facere poterat: sed qui aut solus cogebatur in totum, aut ideo partes quoque cæterorum attingit, quia suam sine illis, quæ coniunctæ erant, attingere non potuit. Unde intelligatur eum propter necessitatem communionis hereditariæ gerere necesse habuisse, si ut heres suam vellet gerere. Itaque in hac sola necessitate gerendi, huic iudicio locum esse placet: ubi nulla necessitas fuit, negotiorum gestorum actioni. *L. heredes*, §. *si vivus*, & §. *non tantum*, D. *eod.*

VI. An pro parte rem exsequi non potuerit heres, alias ex persona, quæ impendit, alias ex re æstimandum est.

VII. Ex persona, si is fuit heres, qui in solidum de nomine hereditario appellaretur, re alioqui per se dividua. Qualis est filiusfamilias heres, qui solvit, quod vivo patre contraxerat, cuius nomine & pater tenebatur: hunc quidem in solidum conveniri posse ex suo contractu iam diximus. *L. tam ex contractibus*, D. *de iud.* ut si solverit, non voluntate eam solvisse, sed quia ita cogebatur, appareat. Iam vero & hoc æs alienum patris esse, supra ostendimus. *L. si filia*, §. *idem scribit*, D. *eod.* Quod si patris; & heredum. Ita hoc solvendo, cæterorum negotium hereditarium gestum intelligitur. Merito igitur, ut re integra huius æris alieni filio præceptionem damus; ita hoc ab illo dissoluto, & pro parte adversus coheredes damus, familiæ ercisсundæ actionem. *L. his consequenter*, §. *filiusfamilias*, D. *eod.*

VIII. Ex re id æstimatur, si res, quam fieri vel oportebat, vel expediebat, aut divisionem ipsa per se non recipit, quod genus est, insulam ædificare, opus aliquod facere, quod testator iusserit, item locare ædes, agrum colere, iumenta pascere, quia neque operis pars est, antequam opus extet, neque partem meam attingere possum, ut alienam non attingam, quia confusæ sunt: *L. inter*, §. 3. D. *eod.* *L. si is qui quadringenta*, §. 1. D. *ad L. falci.* *L. in executione*, §. *secundo*, D. *de verb. oblig.* *L. si quis putans*, §. 1. D. *comm. divid.* quod genus item rem hereditariam quæ tota petebatur, non pars, iudicio defendere: *L. ex parte*, in princ. D. *hoc tit.* aut cum pecunia debetur, res quidem sua natura dividua: sed extrinsecus obligatio id assequitur, ut nisi tota pecunia soluta sit, nulla ex parte liberatio nascatur eius rei, quam volumus. Quod toties contingit, cum aut pecunia sub pignore debetur, aut ita, ut si soluta non sit, alterius alicuius tanquam pœnæ præstatio incurrantur. Neque ad pignus liberandum, neque ad pœnam & cuiuslibet alterius rei præstationem evitandam, quicquam prodest partem solvisse. *L. si rem*, §. *omnem*, D. *de pig. act.* *L.* 2. §. 1. *L.* 5. §. *ult.* D. *de verb. oblig.* cum & pignus obligetur, & pœna debeatur sub conditione, si pecunia, de qua quærimus, soluta fuerit. Conditio autem non scinditur, illudque verum est, pecuniam non esse solutam, quæ tota non sit. *L. cui fundus* D. *de cond. & demonst.* fac in his generibus pecuniam, ab uno ex heredibus solutam, ut pignus lucretur, aut præstatio aliqua utilitet evitaretur; huius impensæ partem a coheredibus hoc iudicio consequetur, quia totum solvere necesse habuerit, si partem suam salvam habere vellet. Huc pertinent horum locorum exempla. *L. his consequenter*, §. *penult.* & *ult.* *L. heredes* §. *contra*, §. *idem iuris*, §. *si unus*. *L. inter*, §. *penult.* D. *eod.*

IX. In eo autem, ut quis quasi heres impenderit, non solum est, ut heres iam fuerit, sed etiam ut sciens se hæredem esse, in hereditate aliquid gesserit. *L. qui heres* 49. D. *eod.* Illud quidem nemo dubitabit, quin si quis vivo testatore aliquid fecerit, quod testatori prodesset, & per testatorem coheredibus: hoc iudicio consequi non possit, quia nulla necessitate hereditatis gesserit. Contra quod scriptum videtur esse, *in L. heredes*, §. *si filius*, D. *eod.* verba Pauli hæc sunt; *si filius cum patrem defenderet, condemnatus solverit, vel vivo eo, vel post mortem: poterit æquius dici habere petitionem a coherede in familiæ ercisсundæ iudicio*. Singulare ius esse in filio Accursius dicit, quasi quicquam necesse fuerit filii caussa hoc iudicium indicere, cui negotiorum gestorum actio sufficeret. Sed nihil tale est. Et sane constat, filium ut cæteros, si quid nomine patris nulla necessitate impenderit, negotiorum gestorum habere actionem. *L.* 3. *L. si filius*, C. *de nego. gest.* hæc autem iudicia non concurrunt. *L. heredes*, §. *non tantum*, D *eod.* Restat; ut sic accipi debere videatur, ut verba illa: *vel vivo eo*, non verbo *solvit*,

vit, iungantur, ſed verbo, *condemnatus*, ſicque oratio intelligatur: ſi filius condemnatus ſolverit, condemnatus inquam, vel vivo patre, vel poſt mortem patris, familiæ erciſcundæ iudicio repetet.

X. Ut quod ex ſupra ſcriptis cauſſis heredi abeſt, ipſe pro parte ab iis conſequi poteſt; ita de eo, quod ex iiſdem cauſſis abeſſe poteſt, ubi cæteri coheredes ceſſent, hoc iudicio agi poteſt, ut coheredes quid præſtent. Sed in hac re diſſimilis præſtatio. Nam ſi pecunia iam præſens debetur, quam ut pignus luatur, aut pœna evitetur, ſolvi neceſſe ſit; poteſt unus hoc iudicio agere, ut cæteri iam ſtatim partem conferant, quamvis adhuc integris rebus. *L. his conſequenter*, *§. Celſus*. *L. inter*, *§. de uſufructu D. eod.* Quod ſi ex futuro debitum & omnino ex facto coheredum pendet, utrum quid debeatur, nec ne, quia in poteſtate coheredum, non faciendo aliquid, aut contra, quam promiſſum eſt, faciendo efficere, ut ſtipulatio hereditaria committatur: in hoc ſolum agetur, ut coheredes caveant, ſi quid fecerint, aut non fecerint ſe in eo coheredem indemnem præſtaturos. *L. heredes*. *§. contra D. eod.*

XI. Tertium genus eorum, quæ coheredi de hereditate abſunt, opera & facto coheredis, tria complectitur; ſi quid de rebus hereditariis ad unum pervenit: ſi quid per eum damni datum factumve eſt; ſi quid factum ſit, quominus quæreretur.

XII. Si quid pervenerit videlicet si fructus hereditarios percepit ſolus; si de hereditate aliquid ad ſe ſevocavit, *§. ſi familia*, *Inſt. de off. iud.* in quo notandum eſt, eum qui res avertit, neque expilatæ hereditatis teneri, cum alia actio sit, *L. 3. C. eod. ult. L. C. de vi. exp. her.* neque furti, qua actione ante aditam hereditatem agi non poteſt, vel poſt aditam hereditatem, antequam res ab herede poſſeſſæ sint. *L. 2. D. exp. her.*

XIII. De eo quæſitum eſt, ſi unus ex heredibus rem hereditariam vendiderit, & precium perceperit an veniat pretium in iudicium familiæ erciſcundæ. In petitionem hereditatis venire conſtat. *L. ſi & rem*, *D. de petit. hered.* Quin imo & in hoc iudicium venire his verbis Paulus ſignificare videtur, *in L. inter*, *§. ſi coheredes*, *D.* eod. *Si coheredes abſente uno coherede rem vendiderunt*, *& in ea re dolo malo fecerunt*, *quo plus ad eos perveniret: vel familiæ erciſcundæ iudicio præſtabunt ei*, *qui abfuit*, *vel hereditatis petitionem*. Sed non venire clare demonſtratur reſcripto Diocletiani, & Maximiani, quod extat, *Cod. eod.* in hæc verba; *In familiæ erciſcundæ iudicio ab uno pro ſolido rei veluti communis venundatæ pretium non venit: ſed mandati*, *ſi præceſſit coheres; vel negotiorum geſtorum*, *ſi ratam fecerit venditionem*. *Nam ſi velut propriam unus diſtraxerit*, *ac pretium poſſideat*, *hereditas ab eo petenda eſt*. Cur ergo pretium hoc non venit, cætera ex re hereditaria percepta veniunt? quia neque fructus ex parte indiviſa percipi, neque rei pars indiviſa ſurripi poteſt: pars indiviſa vendi & alienari poteſt, quemadmodum & pignori dari, *L. ex hereditate*, 54. *D. h. tit. L. portionem*, *C. de don. L. ſi fratres*, *C. commun. utr. iud.* Ius enim venditione transfertur, quod pro parte indiviſa recte animo concipi poteſt. Pro certo autem habendum eſt, quod ad omnem obligationem huius iudicii pertineat, nihil in hoc iudicium venire, niſi quod unus quaſi heres fecerit, *L. & puto*, *§. ſed etſi D. eod.*

XIV. Non eſt mirum, ſi idem in petitionem hæreditatis veniat, cum ea omnia veniant, quæ ſunt hereditaria, in iudicium familiæ erciſcundæ veniunt ea ſolum, quæ aut ſunt communia, & pro talibus agnoſcuntur, aut per cauſſam abſunt communionis hereditariæ, quidam tamen putant hanc actionem non competere, ſed quod idem reſcriptum continet, mandati, aut negotiorum actionem. Ego autem non dubito, quin petitio hereditatis & hoc caſu competat tanquam de re hereditaria, ſi modo iſte eſt caſus. *d. L. ſi & rem*, *L. quod ſi in diem*. *§. ſed & is*. *§. Idem Iulianus de petit. hered.* Nec ad rem pertinet, quod reſcriptum dicat privatas actiones de nomine competere.

XV. Quod autem ad ea verba attinet, quæ ſupra ex Paulo retuli; cuiuſmodi ea ſint; expendendum eſt. Non tum de pretio rei hereditariæ loquitur, ſed ſi quid, inquit, in ea venditione dolo fecerint, quo plus, intellige, quam pretium ad res perveniret. Finge præſentes rem centum aureis vendidiſſe ea lege, ut præſentes rem aliquam ea gratia acciperent. Id vero familiæ erciſcundæ iudicio præſtabitur. Quia indiviſum cum fuerit pro parte a præſentibus capi non potuit.

XVI. Damnum quod hic locus complectitur, huiuſmodi eſt; ſi unus rem hereditariam corrupit, ſi ſervitutem negligentia, ſive non utendo perire paſſus eſt, utrumque ſi iam hæres factus, cum ſe hæredem ſciret, fecit. *L. & puto*, *§. & ideo & ſeq. L. heredes*, *§. Item culpæ*, *D. eod.* Illud notandum eſt, eum qui rem here-

hereditariam corrupit, ita hoc iudicio teneri, ut sit etiam eo nomine actio legis Aquiliæ: sed si lege Aquilia agatur, duplum: si hoc iudicio, simplum tantum futurum esse, quoniam rei persecutionem duntaxat hoc iudicium persequitur. *L. & puto*, in fi. *L. damno, seq. D. eod.* congruit quod de petitione hereditatis scriptum est *in L. item veniunt §. cum prædiximus D. de pet. her.*

XVII. Fit per heredem, quominus quid acquiratur, cum optio defuncto delata est, quam unus dissensu suo impedit, efficitque ut ea res detur quam habere non expediat. *L. herede. §. si incerto, D. eod.* huius generis est, etsi administratione rerum hereditariarum suscepta, quas pro parte gerere recte non potuit, nummos quæsivit minus, quam licebat.

XVIII. In his quæsitum est, quoniam fieri potest, uti quod abest, absit heredis dolo, absit culpa, absit etiam negligentia & socordia: utrum hæc omnia heres heredi hoc iudicio præstare debeat, an quædam, & quæ tandem debeat. De hac re ita Paulus definit *in L. heredes, §. non tantum D.* eod. *non tantum dolum, sed etiam culpam in re hereditaria præstare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias, id est quoniam hic propter suam partem caussam habuit gerendi, & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus.* Hactenus Paulus, hoc vero est, quod referre putemus, utrum in his familiæ ercifcundæ, aut negotiorum gestorum competere putemus. In hac enim etiam diligentia exigitur, quoniam negotia nulla necessitate rei nostræ gerendæ administrantur. *§. 1. Inst. de oblig. quæ ex quasi cont.*

XIX. Dixi; quæ essent huius iudicii præstationes, dicendum videtur, cur personales nominentur, unde contrahantur, & quid tandem pertineant ad hanc iudicii rationem. Personales dicuntur, ut cæterarum rerum obligationes, quia personam obligatam tenent, rem non sequuntur. Id ex eo licet intelligere, quod rerum hereditariarum divisio, nisi rebus extantibus esse non potest; præstationis personalis petitio etiam re sublata manet: ut si animal occisum sit, si sumptus in rem hereditariam facti sint, eaque perierit. *L. sed & eius.* 24. *L. si servus* 31. *D. eod.* obligatio ex communione nascitur, ad quam pertinet, rem ex bona fide geri: qua eadem ex re efficitur, ut neque quisquam sociorum eam violare facto suo debeat, & si quid ipse in eam caussam impenderit, æquum sit ut exigere liceat. Est igitur hic quasi contractus quidam, de quo genere in *§. Item si Inst. de oblig. quæ ex quasi contr.*

XX. Atque hinc est, quod hoc iudicium mixtum dictum est, tam in rem, quam in personam. *§. quædam, Inst. de actio.* Quod enim ad res hereditarias attinet, actionis in rem speciem habet, quoniam unusquisque in his partem persequitur: sed in eo ipso etiam personales actiones partem habent. Iudex enim res dividendo, & certas partes cuique assignando, non restituit cuique quod suum fuerat, alioqui partes indivisas, quæ ante fuerant, relinqueret, sed etiam de alieno cuique adiudicat. In personalibus præstationibus aperte in personam est. Etenim, dicet quispiam, iudicium hoc ad hereditatis divisionem comparatum est. Ut igitur ea, (quæ supra dixi) præstare heredem heredi æquum sit; tamen hoc iudicio præstari convenire non videtur. Quid enim hæc ad divisionem hereditatis pertinent? pertinent hoc modo: non enim solum hereditatis sunt res hereditariæ, sed etiam commoda & incommoda hereditaria. *L.* 1. 2. 3. *de honor. poss.* In his autem rebus, ex quibus præstationes esse diximus: commoda & incommoda hereditaria continentur. Recte igitur venient in hoc iudicium, ut communicentur. *L. item ex diverso* 19. *D. eod.* Quod heres in rem hereditariam impendit, quod quidem hoc iudicio repetere possit, hereditariæ communionis incommodum est. Nam nisi ideo rem totam hereditariam attingere necesse habuerit, quod heres esset, huic iudicio locum non esse diximus. Et quod in parte coheredis damni datum est, ab hereditaria communione, non ab herede contigit. Idcirco & heres coheredem læsit, quia partem suam lædere, aut avocare non potuit, quin totam læderet aut avocaret. Et hoc est quod diximus; ita demum heredem teneri, si quasi heres fecerit. *L. & puto, §. & ideo, D. eod.* Quod autem ad coheredem pervenit ex hereditate, hoc quidem aperte commodum hereditatis est. Nihil igitur horum non recte ad communicationem hoc iudicio vocatur. Communicandi ratio, si efficiatur, ut neque lucrum ad unum tantum pertineat, neque onus unus duntaxat ferat: sed hæ lucri & damni partes fiant, quæ in rebus hereditariis ex institutione futuræ fuerint.

CAP.

Digitized by Google

C A P. XIII.

Quæ Partes iudicis in hac actione.

Iudicis est hereditatem; eamque totam dividere. I.
In rerum divisione testatoris voluntatem, si qua est, indicem sequi oportet. II.
Ea aut in onere consistit: æris alieni quantum iniungi possit, & quod hic iudicis officium. III.
Aut in prælegato: prælegatam pecuniam totam heredi præcipuam iudicare debet iudex; eoque iure, quo esset, cuivis alteri legata. IV.
Aut etiam in rerum assignatione facta inter heredes, rataque intra Falcidiæ modum; quod quale sit explicatur. V.
Qualiscumque testatoris in ea divisione voluntas rata, dummodo inter liberos; inter extraneos minime valet nisi solemnis. VI.
Quam divisionem servare debeat iudex in rebus a testatore non divisis. VII.
Dempta testatoris voluntate, quam divisionis formam index sequi debeat. VIII.
Si Iudex uni rem adiudicet, alteri usumfructum, non hi in usumfructum concurrunt: cur secus in legatariis. IX.
Et quæ talis adiudicationis expediendæ ratio, & quod eius emolumentum. X.
Servitutem hanc: ut fundus hereditarius hereditario serviat, recte iudex imponit, cum rem adiudicat. XI.
De pignore, quod & ipsum venit in hanc divisionem quo in loco auctor. XII.
Res hereditarias nullius pretii neque dividi, neque adiudicari oportere, sed vel apud unum heredem, aut in loco publico deponi: quæ illæ sint. XIII.
Nomina in divisionem non veniunt, ideo neque in hoc iudicium. XIV.

I. IAm quæ partes iudicis sint, ad eam divisionem, quam quærimus consequendam, dicatur. Iudex de dividenda hereditate sumptus est. Principio igitur hoc statim de officio eius praecipiatur ipsum totam dividere debere. Ex quo si quid indivisum reliquerit, aut si in quorum persona condemnationem fecerit vel absolutionem, in quorundam persona prætermiserit: ne in cæteris quidem quod fecit, valebit: quia non possit uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere. *L. heredes, §. Iudex, L. in hoc iudicio, D. eod.* Denique sententiam non dixit, nisi qui de tota controversia iudicavit. *L. qualem, §. dicere, D. de recept.* Plane eas res dividere debebit, quæ proponentur. Si quæ in iudicium deductæ non sint, ob eamque caussam indivisæ manserint: non eo minus iudicium valebit: de indivisis autem communi dividundo agetur; ut initio diximus, *L. si filia, §. familiæ, D. eod.* hoc posito, cum duas res in hoc iudicium venire diximus: rerum hereditariarum divisionem, & præstationes personales, quas eadem res hoc iudicium persequitur: in præstationibus quidem personalibus iudicis condemnatio solum quæritur; quæ qualis esse debeat, ex præcedentibus intelligi potest. In rerum divisione, quæ sit potestas iudicis, seu qualis iudicis divisio esse debeat, solum est, quod quæri debere videatur.

II. Et quidem si inter consentientes res agitur, quod malunt litigatores, id indicem exsequi convenit. *L. iudicem, D. com. divid.* Si de divisione non convenit, voluntas primum testatoris, si qua proponetur, legem dabit. Si nulla alia erit, quod commodissimum est, id iudex sequetur. Voluntatem quidem testatoris de divisione rerum in hac re ut cæteris sequi oportere constat. *L. filii, L. si cogitatione, C. eod.*

III. Ea est aut in onere æris alieni alicui iniungendo; aut in prælegando, aut in rebus inter heredes assignandis & dividendis. Æs alienum alicui si iniunxit, id suscipere heres debet usque ad dodrantem hereditatis. Nam quartam integram habere debet. In eo officium iudicis, ut is heres caveat cæteris coheredibus se eos indemnes esse præstaturum. *L. si filia, §. Papinianus §. idem Papinianus, D. eod.*

IV. Heredi si quid prælegatum est, iudici convenit, ut id præcipuum ferat secundum voluntatem testatoris, id est, & totum, & eodem iure, quo alius quivis, si ei legatum esset. Totum dicimus, quia de pecunia dubitari potest uni legata, quæ in hereditate non reperitur: in qua quæ-

ritur;

ritur; utrum heres totam de hereditate sumere debeat, an partes duntaxat hereditarias a coheredibus petere, partem secum compensare. Ut puta, ex tribus heredibus uni triginta legata sunt, quæ non sunt in hereditate, utrum viginti duntaxat capiet a coheredibus; decem reliqua si petet, recte dicetur ipsum quasi huius legati partem ferre debeat, hæc decem sibi solvere eoque & secum pensare debere? Sed quæ corporis legati, eadem pecuniæ legatæ ratio erit; ut eam heres ex hereditate sumere debeat: quod si non erit, rem hereditariam vendi oportet, unde pecunia conficiatur. Quod autem eodem iure prælegatum habiturum diximus, quo si alii legatum esset, eo pertinet: rem prælegatam, si forte fuit pignori obligata, lui a coheredibus oportere *L. si pignori*, *L. paterfamilias*, *D. eod.* Ita ius foret, si extraneo alicui res legata esset. *§. sed etsi rem*, *Inst. de leg.*

V. Divisio rerum, & assignatio a testatore facta, eodem modo, intra modum legis Falcidiæ rata est; quæ res melius ex his rescriptis intelligetur, quæ sub eodem titulo in Codice extant: quorum unum Gordiani est in hæc verba: *Quoties inter omnes heredes testator successionem suam dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos: voluntati eius salva legis Falcidiæ auctoritate obtemperandum esse manifestum est.* Item aliud Diocletiani & Maximiani. *Si cogitatione futuræ successionis officium arbitri dividendæ hereditatis præveniendo pater communis suo, vel qualicunque iudicio suam declaravit voluntatem inter eos qui successerunt, exemplo Falcidiæ rationis habita ratione, familiæ dividundæ caussa datas, arbiter pro virili præterea portione eorum, quæ nulli generaliter vel specialiter assignavit facta divisione, in adiudicando patris sequetur voluntatem.* In qua specie animadvertendum, est quæ in superioribus rescriptis retentio ex lege Falcidia fieri dicitur, & in quibusdam aliis einsdem tituli rescriptis servari dici ex senatusconsulto, ut *L. filii*, *L. ult.* verba sunt hæc *ex L. filii: Sed etsi tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscunque verbis, voluntas eius declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum: ex senatusconsulto, retentionis modo servato; familiæ erciscundæ iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportere; iuris auctoritate significatur.* An Pegasianum sive Trebellianum intelligimus? aliud quo quartam de hereditate retinere liceat, nullum proponitur. *§. sed quia heredes*, *§. sed quia stipulationes*, *Inst. de fid. hered.* at hoc Senatusconsultum, nisi cum heres de hereditate restituenda rogatus est, locum non habet. *L. cogi*, *§. generaliter*, *D. ad Treb.* hic res singulæ divisæ, & prælegati vice cuique assignatæ sunt. Quod si ex Senatusconsulto resolutio fieret, non susciperetur in hac specie æs alienum pro portionibus hereditariis; sed quantum de hereditate apud fideicommissarium esset, tantum transiret in eum æris alieni, *§. si quis una*, *Institut. de fid. hered.* *L. 1. D. ad Treb.* Quod secus est, ut scriptum est in *L. 1. C. si cert. pet.* *L. ex facto*, *D. de hered. inst.* Sed expendendum est, quid in superiori rescripto dicatur: non hoc dicitur, quartam ex Senatusconsulto retineri: hæc species revera ad L. Falcidiam pertinet: sed illud, modum retentionis ex Senatusconsulto futurum esse. Id autem est ex forma Senatusconsulti, quod ideo dici videtur, quia in specie proposita in quartam heres imputat, quod habet iure prælegati. *L. Nesennius D. ad L. falcid.* Est autem ex sententia Senatusconsulti, ut in quartam fideicommissariam imputentur etiam ea, quæ iure hereditario non capiuntur: in lege Falcidia contra *L. in quartam*, *D. ad L. Falcid.* *D. ad Trebel.*

VI. In hac divisione & assignatione testatoris, placet omnem eius voluntatem ratam esse debere, de qua aliquo modo constet: si quidem res inter liberos geratur. Adversus extraneos autem non aliter esse servandam, quam si supremis tabulis aut codicillis, idest solemni aliqua testata si voluntate *L. filii*, *L. ult. C. eod.* Ex ea divisione, ut modo diximus, non pro modo emolumenti onus æris alieni futurum est, sed proportionibus hereditariis. *L. 1. C. si cert. pet.* nisi tamen quid contra testator de ære alieno nominatim statuerit. *L. 1. si filia. §. si pater D. eod.*

VII. Quid si testator rebus quibusdam divisis & assignatis, quasdam indivisas reliquit? hic de his, quæ indivisæ manserint, dubitatio affertur, quam divisionem in his iudex servare debeat: utrum ad eum modum dividere, quem testator in cæteris rebus secutus est: an pro portione hereditaria, quas ille de divisione omnino cavisset. Dubitationis caussa ex eo, quod aliis in caussis multis cum testator certas partes inter coheredes fecit: si alia voluntas testatoris proponitur inter eosdem,

neque

neque ullas partes expreffit, eafdem partes feciffe & repetiiffe exiftimatur: ut cum inftituit aliquos ex diverfis partibus, eofdem invicem fubftituit, partibus non afcriptis: videtur & eafdem in fubftitutione feciffe. *L. fi plures D. de vulg. fub* Sed recte hoc, eum alia voluntas fequens æque principalis proponitur. At fi principalis aliqua eft, de qua aliquid a teftatore excipitur: quantum exceptum erit, tantum de ea voluntate immutabitur. Si aliquid non erit exceptum, vel hoc ipfo voluntas præcedens cæteris in rebus confirmabitur. Teftator heredes cum inftituit, dominos eius rerum hereditariarum pro portionibus hereditariis fecit. Si de eo aliquid detrahit, quod altera affignet, erit hoc ratum, tanquam quod de præcedenti voluntate exceptum fit. Si alia non detraxit; aperte ea ad præcedentem voluntatem pertinere voluit. In eam ergo fententiam, de hac quæftione Papinianus refpondet; Verba Papiniani funt hæc: *in L. 32. D.* eod. *Quæ pater in filios non divifit, poft datas actiones vice divifionis ad fingulos pro hereditaria portione pertinent, fi modo cætera, quæ non divifit, in unum, generaliter non contulit, vel res datas non fequuntur*. In unum non contulit, id eft, in unum ex liberis. Vel res datas non fequuntur, id eft: rebus datis & affignatis non cedunt, & eorum ius & conditionem non fequuntur. Ut fit fenfus: fi quæ res ex divifione alicui datæ fint: non folum eius futurum effe, quod datum eft: fed etiam quod ei rei cedit. Cuius generis eft, quod rebus datis acceffit, ita ut partem faceret, & quod propter vicinitatem ab his trahitur, & quod ex his natum eft. De quibus alio loco dicendum eft. Exempli caufla; ædificium areæ impofitum, arcam fequi dicimus: fœtum & partum eius conditionem & ius unde natum eft. *L. Minucius D. de rei vind. L. Paulus, §. Domus, D. de pig. L. partum, C. de rei vind.*

VIII. Voluntate teftatoris de rerum divifione detracta, quid iudicem facere conveniat, videamus. Ut quifque heredum partibus divifis, & certis tantum ferat, quantum prius habebat indivifis partibus, quæritur. Id non in eo pofitum eft, ut res fingulas iudex dividat, & partes cuique attribuat: fed alias res dividet, alias fingulas fingulis totas adiudicabit, alias univerfas fcilicet, ut commodum videbitur. In rebus quidem corporalibus id commodum effe videtur, ut, fi plures res fint hereditariæ, fingulis fingulas affignet, ut vice cuiufdam permutationis heredes inter fe res habere incipiant. Corporum divifio res ipfas multo viliores, & minus commodas facit, *§. fi familiæ Inftit. de offic. iud* Quod fi res eiufmodi fint, quæ inter fe non refpondeant ad permutationem, poffunt omnes uni adiudicari. *L. antep. D. eod.* Si res una eft, quæ commode dividi non poffit, tum multo citius uni tota adiudicabitur. Si dividi poteft, tum pluribus adiudicabit iudex, fed ita ut dividat, & fingulis certas regiones adiudicet: in quo & veterem divifionem teftatoris fequi poteft, & novam Inftituere, *L. item Labeo, D. eod.* Indivifam rem pluribus adiudicare non poteft, nifi adiudicet iis, quibus prælegata eft, quo cafu etiam indivifam tradere cogitur, *L. item Labeo § 1. D. eod.* Nec contrarium eft, quod diximus iudicem familiæ ercifcundæ nihil debere indivifum relinquere *L. heredes, §. Iudex, D. eod.* Res & iudex dividere debet, fed ex hereditate communes. *L. ex hereditate D. eod.* At inter heredes, quibus eadem res prælegata eft, non eft res ex hereditate communis, fed partim ex legato partim iure hereditario; non habent denique eam tanquam heredes. Itaque traditur *in L. 2. D. com. divid.* De hoc genere iudicium effe communi dividundo. Et hæc quidem eft attributio rerum, quam adiudicationem vocamus. Eft autem adiudicare, fententia fua aliquid attribuere alicui, quod eius proprium fiat, cum antea eius non effet. Unde affignare pro adiudicare legimus, in *L. Item Labeo. §. 1. D. eod.* & ex adiudicatione rem propriam fieri eius, cui adiudicata eft fcribit. *Inft. in § ult. Inft. de off.* Sed five res dividit iudex, five non dividit, id agere debet, ut cuicunque recte adiudicat, is nihil amplius ex adiudicatione, quam focius habeat. Quod quidem, fi ex modo & quantitate rerum cuique affignatarum æftimetur, facile confequi non poteft. Quando enim tanta æqualitas rerum, & partium inter fe effe poteft, ut una nihilo plus valeat, quam altera? Quid fi etiam res totas uni alicui adiudicat? Ergo hac ratione æqualitatem confequetur. Res ipfæ æftimantur: tum fi quid unus videbitur plus habere, quam alius, eum qui plus habebit, focio in tantam pecuniam condemnabit, quanto focio opus eft, ut æquam partem æftimationis ferat. Ut fi uni res totas adiudicet: eum in dimidiam rerum æftimationem focio, qui ex æquis partibus heres fit; fi utrique res, aut partes rei affignet: eum qui plus habet, in partem dimidiam eius quantitatis quæ excurrit, condemnabit. De quo eft

eſt hoc exemplum familiare apud Theophilum *in Inſtit.* §. *ſi familiæ. de off. iud.* Primo adiudicavit res aliquas, quæ mille aureis valent. Secundo alias, quæ octingentis. Primum Secundo in centum aureos condemnabit, ut ita uterque nongentos habeat. Hæ ſunt illæ adiudicationes & condemnationes horum iudiciorum propriæ quæ paſſim hoc tit. leguntur. *L. cum putarem. L. Mævius.* §. *arbiter, D. eod.* Sed prius certam æſtimationem rerum fieri oportet, quam ulla ſequi poſſit condemnatio. Quomodo igitur æſtimabuntur? aut eas ipſe iudex æſtimat, aut rem licitationi ſubiicit, ut qui licitatione vicerit, is eam auferat. Si res ſingulas ſingulis adiudicat, aut rei diviſæ partes, quia hic rerum permutatio quædam eſt, emptioni locus eſſe non poteſt. Ipſe igitur res æſtimabit. In quo, ne ſibi amplius, quam bono viro & arbitro Innocenti commiſſum putet, hoc præcipitur; res enim æſtimare debere iuſto precio. *L. item* §. *D. eod.* Item debere univerſas. Cum familiæ erciſcundæ, inquit Iulianus, in *L. Mævius.* 52. §. *ult. D. eod.* vel communi dividundo agitur, univerſæ res æſtimari debent, non ſingularum rerum partes. Ideo quod totius rei æquam partem quiſque conſequi debet, & quia rei non poteſt, debet partem totius æſtimationis. Rem ergo totam æſtimari oportet, ut iuſta æſtimatio totius rei efficiatur. Partes ſeparatæ per ſeſe multo minoris eſſe conſueverunt. Multo pluris totæ propter commoditatem rerum coniunctarum. Itaque univerſas hoc loco ſic accipere debemus totas; non autem res omnes univerſas. Quod inde intelligere poſſumus, quod opponit Iulianus partes rerum ſingularum universis: id eſt, ſeparatas coniunctis. Si iudex res univerſas uni adiudicet, ut in hunc ſolum condemnatio & adiudicatio conferatur, aut uni rem unam ſine permutatione adiudicet: quod, coheredibus commodum erit, rem licitationi committet, ut is rem auferat, qui plus dederit. *L. 6. L. Item labeo.* §. 1. *D. eod.* In quo quæ æſtimatio ſit, cum eam licitatio certam faciat, ſtultum eſt quærere.

IX. Illud in poteſtate iudicis de permutatione rerum, & adiudicatione neſcio quomodo præter cætera notandum eſt, quod non ſolum licet iudici rem uni adiudicare, ut alteri viciſſim aliam adiudicet; ſed etiam uni rem, alii pro eo eiuſdem rei uſum fructum, qui quidem modus inter res, quibus uſufructus conſtituitur, numeratur. *L. 6. D. de uſuf.* unde illud quæſitum, cum id iudex fecit, utrum coheredes in uſumfructum fundi concurrant, placetque non concurrere. *L. & puto* §. 1. *D. eod.* Et ſane ſi teſtator hoc idem feciſſet, id eſt uni fundum, alteri fundi uſumfructum legaſſet: concurrerent legatarii in uſumfructum, quia teſtator fundum legando, una & uſumfructum dare intelligitur, qui a proprietate non ſeiungitur. Inde inter hos ius eſſe accreſcendi legimus. *L. 3.* §. *ult. D. de uſuf. acc. L. ſi alii D. de uſ.* qui niſi inter eos, quibus eiuſdem rei uſusfructus legatus eſt, eſſe non poteſt. *L. 1.* in princ. *D. d. uſuf. ac.* Sed non idem in hac iudicis adiudicatione exiſtimari poteſt. Verba enim teſtatoris, cum hanc ſignificationem habent, *ut fundi legato uſusfructus contineatur:* tum vero ſententia non refragatur. Ideo & verbis ſtandum eſt *L. non aliter D. de leg.* 3. In adiudicatione iudicis, etſi verba eadem ſunt: tamen quid agat iudex, manifeſtum eſt. Partes cuique ſuas ſeparatas aſſignare vult. Cui diviſioni repugnat uſumfructum communem conſtituere. Non erit igitur in uſumfructum concurſus contra manifeſtam iudicis ſententiam. Verba enim voluntatibus hominum ſervire debent. Illudque in omnibus cum dictis, & ſcriptis, tum factis tenendum eſt, non quo quidque modo ſcriptum aut factum ſit, ſed quid actum ſit, ſpectari oportere, *L. ſemper in ſtipulationibus L. in obſcuris D. de reg. iur.*

X. Id mihi in hac ſpecie adiudicationis quærendum eſſe viſum eſt; qui tandem poſſit procedere. Non dubium eſt eum plus habere, qui fundum habet; quam qui uſumfructum fundi: namque proprietas perpetua, & poſt mortem fructuarii plena; uſusfructus perſonalis, eoque & temporalis. Ita fit, ut ſi rem ad æquabilitatem revocare volumus, & fundus quanti ſit, proprietate detracta, & uſusfructus quanti æſtimari debeat. At uſusfructus æſtimari non poteſt. Tanti enim ſit, neceſſe eſt, quanta erit fructuarii vita, ex cuius perſona fructus percipitur. Hoc autem incertum quamdiu vivat, craſne moriatur an non poſt multo; an contra, quam longiſſime vitam protrahat. Mihi videtur, ſic res tranſigi debere: non uſusfructus æſtimandus, ſed reditus ſingulorum annorum; hæc vero æſtimatio certa: hoc conſtituto, qui uſumfructum habet, damnabitur coheredi, ut ei partem æſtimationis mercedis cuiuſdam loco præſtet quotannis. Hanc, qui condemnatus eſt, aut præſtabit, aut res ab eo vindicabitur: qui ſi exceptionem obiiciet de re uſusfructus

nomi-

nomine fibi tradita, exceptio replicatione doli mali elidetur, arg. *l. si usufructus D. usufr. quæ cau.* Ex altera parte & fundus æftimabitur, quanti fit contemto ufufructu. Id quoque rurfum certum eft. Sic deinde is, cui fundus adiudicatus eft, damnabitur coheredi, ut partem æftimationis præftet tum, cum fundum pleno iure habere cœperit, id eft, cum ufusfructus fundi ad proprietatem redierit. Sed quid hac circuitione opus eft, quæret aliquis? cur non potius uni fundum totum cum ufufructu iudex adiudicat, hunc deinde in partem æftimationis coheredi condemnat, ut uterque partem ftatim habeat, eademque opera ab omni controverfia difcedatur? Quia interdum expedit coheredi, ne pecunia & tota repræfentetur, ne forte acceptam confumat. igitur hoc modo illi vel utrique potius confuletur, ut conftituto alteri ufufructu uterque reditum in fingulos annos fibi paratum, & de re ipfa nihilominus confultum habeat: hæc de rebus hereditariis ftatuere poteft iudex, quæ omnia ad divifionem rerum pertinent.

XI. Quod si quid ultra adiudicationem rerum & condemnationem, quibus rebus divisio transigitur, iudex sibi fumet: fruftra fumet: quia divifio illi tantum permiffa eft; ultra id autem quod in iudicium deductum eft, poteftas iudicis excedere non poteft: huius generis eft, si ftatuat, ut fundus hereditarius non hereditario ferviat. *L. ut fundus D. commu. divid.* Plane ut fundus hereditarius hereditario ferviat, fervitutem imponere poteft. *L. item Labeo, §. sed etiam D. eod.* Neque hoc ad divifionem non pertinere, & ideo iudici non effe permiffum quifquam putaverit. Ut enim iurifdictione data ea omnia conceffa effe intelliguntur, fine quibus iurifdictio explicari non poteft. *L. 2. D. de iurisd.* ita divifione & adiudicatione delegata, ea omnia accedent, sine quibus res affignata commode haberi non potuit. Itaque tunc iudex fervitutem pro poteftate recte imponet, cum res hereditariæ quas diverfis adiudicat, vicinæ funt, & una alterius auxilio & fervitute indiget. Sic tamen fervitutem recte imponet iudex, si tunc imponat, cum rem adiudicat. Quod si pure alium fundum adiudicaverit: alium adiudicando, amplius fervitutem imponi non poffe placet. *L. Item Labeo, §. sed etiam. D. eod.* Recte, quia re adiudicata iudex in ea iudex effe defiit, officio fuo functus. *L. iudex postea quam, D. de re iudicata.* Nihil igitur deinceps de ea ftatuere, vel

ei acquirere poterit, qui neque iudex eft, neque Dominus unquam fuit.

XII. Sed fuperior forma divifionis cæteris in rebus hereditariis valet. In pignore, quando id quoque in divifionem venire diximus, propria quædam ratio eft, non enim dividitur, quia res aliena eft, fed uni femper totum adiudicatur, ut is coheredi in tantam pecuniam damnetur, quanta pro parte debetur. De quo cum extet refponfum Pauli obfcurius fcriptum *sub eo. titulo Digestorum*, eius interpretationem in extremum locum reiecimus, ubi feorfim enarraremus.

XIII. Interim autem hoc relinquitur, quæcunque res hereditariæ funt corporales, eas aut dividi, aut totas adiudicari debere. Verum id ad eas pertinet, quæ aut dividi poffunt, aut certe quarum aliqua æftimatio eft. Quod fi rei hereditariæ nullum pretium fit, neque ea dividi poffit: neque dividetur, quia non poteft: neque cuiquam adiudicabitur, quia adiudicatio condemnationem adiunctam habet eius, cui res adiudicatur. Nulla autem condemnatio in ea re, quæ nullius pretii eft. Huius generis res funt, teftamenti tabulæ, & cautiones hereditariæ: quarum conftat nullum effe precium, fi per fe fpectentur, fine nominibus, & iis, quæ in teftamento continentur. Et tales fpectari in hac adiudicatione, fi quidem ulla fieret, oporteret. Neque enim nomina aut hereditas, vel legata adiudicantur. Nihilne ergo de his ftatuetur? imo vifum eft ea deponi oportere: fiquidem fit unus aliquis heres maiore ex parte inftitutus, apud eum: fi omnes fint ex æquis partibus heredes, neque inter eos conveniat, quid de eo fieri oporteat, in ædem facram iubente iudice, noftris moribus in eum locum, in quem pro more cuiufque regionis, & confuetudine res maxime tuto auctore iudice deponi folent: hæc in *L. 4. §. ult.* & *L. seq. D. eod.* Apud eum qui maiore ex parte heres eft, confentaneum eft deponi potius fine controverfia, quia & ei maiorem honorem teftator habitum effe voluit, & ab eo nullus metus effe poteft, quin eas res diligentiffime affervet, neque quenquam in his falfi excogitari patiatur, cuius maxime intereft cautiones & inftrumenta, falva effe. Sed nonne aliquibus heredibus ea licitari volentibus, recte facit iudex, fi rem ad licitationem deduxerit, ut qui licitatione vicerit, hic habeat inftrumenta hereditaria? Non placuit, *L. 6. D. eod.* Et recte. Nam fi res ad licitationem deducetur, is cautiones feret, qui minore ex parte heres

res erit, vel tantillum offereudo, nisi is qui maiore ex parte heres est, plus obtulerit. At utrumque iniquum, & illum penes se cautiones habere, quantumcumque obtulerit. Et hunc, ut habeat, aliquid solvere, cum res sit nullius pretii. Hæc de rebus corporalibus dicta sunt. De usufructu, & aquæductu id sequemur, quod scriptum est luculenter in *L. com. divid.* *§. cum de usufr. L. arbor. §. ult. D. com. divid. L. & pute, D. h. t.*

XIV. Nomina in divisionem non venire supra dixi, sed interdum alia aliis solida attribui, de quo in *L.* 3. *D. eod.* sed hæc res ab adiudicatione multum discrepat, ut in *L.* 3. demonstratur *D. eod.*

C A P. XIV.

Quid heredes condemnatione & adiudicatione consequantur.

Adiudicatione sola dominium tribui adiudicatæ rei, atque ex eo actionem & exceptionem. I.

Aliena rei, tamquam defuncti, adiudicata dominium non transit; sed præstanda a coheredibus illo nomine evictio. II.

Quæ actio heredi adversus coheredes, ubi nihil de eo cautum. III.

Transitio. IV.

I. NUnc videamus, quid heredes adiudicatione consequantur. Nam ex condemnatione quid consequantur hi, quibus coheres damnatus est, & quibus ex eo quid præstitum est, ne quærendum quidem videtur. De adiudicatione non immerito, quia neque res omnes pleno iure fuerunt defuncti, neque si fuissent, id partibus divisis heredum esse potest, quod antea fuit indivisis partibus. Etsi breviter dicendum est: tantum iis affert adiudicatio, quantum futurum esset, si idem constitutum, & delatum ab iis esset, qui domini fuissent, scilicet, ut si res tanquam quæ defuncti foret, adiudicata sit, is statim Dominus efficiatur, cui adiudicata est. *§. ult. Inst. de off. iud.* si tanquam quæ in bonis, & alio quo iure defuncti fuerit, eadem actio & exceptio heredi detur, quæ defuncto, ut si res fuerit pignorata: si quid novi constitutum sit, ut usufructus, perinde, ut a domino datum sit. Id sic Paulus definit: in *L. inter §. 1. D.* eod. *Si familiæ erciscundæ, vel communi dividundo actum sit, adiudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando.* In quo ratio civilis dominii animadvertenda est: non tam quod is transfert, qui dominus non est, quia id voluntate dominorum fieri videtur, quam quod sola adiudicatione dominium transfertur sine traditione: cum iuregentium dominia traditionibus acquirantur. *L. traditionibus, C. de pact.*

II. Sed potest res, tanquam defuncti propria adiudicari, quæ aliena fuerit. Quo casu nemo dixerit, eum dominum fieri, cui adiudicata est: res & hereditarias dividit iudex, & de his, quod commodum sit ad divisionem, statuit. Eas, quæ hereditariæ non sint, hereditarias facere non potuit. Ob eam rem cautum est, ut quicquid tanquam quod esset defuncti, adiudicatum est, in eo a coheredibus illi de evictione caveatur; ut si res evicta sit, pretium quod dederit, aut partem aliarum rerum consequatur. *L. heredes, §. penult. D. eod.*

III. Faciamus id omissum esse. Re evicta, quæ heredi adversus coheredes actio est? Nam, huius periculum esse; cui adiudicatum est, & cuiquam adiudicationem nocere non decet. Quin imo ne adiudicatum quidem dicendum est, quod non mansit. Hæc erit actio. Si heres rem ex licitatione aut æstimatione iudicis habuit: ut pro ea, in certam quantitatem coheredi damnaretur, quia hic emptio est, ubi pro re æstimata certum pretium datur: ex empto actio erit cum coheredibus, ad quos videlicet pretium pervenit. *arg. L. pleranque, D. de iur. dot. arg. L. Quidam, D. de evict.* Sin res divisæ sunt inter heredes; quasi permutatio quædam inter coheredes facta esset, placet ob rem evictam præscriptis verbis esse actionem. *L. si filiæ, C. eod. L. si fratres, Com. utr. iud.* Hæc ex eo nascitur, quod quis alii dedit aliquid, aut apud eum quid de suo esse passus est, ut vicissim ab eo acciperet. Quod ipsum in divisione rerum agitur. Non videtur autem accepisse is, qui coactus est reddere. IV.

Digitized by Google

IV. His expositis, quæ naturam huius iudicii continent: nunc feorsim duo capita enarrabo, quæ insigni quadam difficultate, fub his titulis occurrunt. Quorum alternm Pauli eft, *L. fi pignori*, 29. *D. eod.* alterum refcriptum Diocletiani & Maximiani, cuius initium eft, *filium, quem habentem, C. eod.*

Ad L. fi pignori, 29. *D. eod.*

Obfcuritas huius refponsi ex ambiguitate fcripti eft: quæ tanta eft, ut videatur Paulus divinaturis fcripsiffe, non intellecturis: Demus operam, ut explicetur. De adiudicatione pignoris duplex quæftio eft; quam utramque Paulus hoc capite complectitur. Prior illa, cum pignus uni ex coheredibus adindicandum sit, qua lege & conditione adiudicetur. Ille oftendit hac lege, ut is cui adiudicatur, pro parte coheredi damnetur. Quanti damnetur, Paulus prætermisit. Res flagitat, ut in tantam pecuniam damnetur, quanta fatis sit, ut illi pro parte fatis fiat; pecunia autem illi debetur. Sic igitur, ut alibi Ulpianus, divifio fiet, ut non vero pretio æftimetur pars, fed in tantum duntaxat, quantum pro ea debetur. *L.* 7. §. *Inter*, *D. com. divid.* Altera huic confequens quæftio, cui pignus adiudicatum eft, quid ex adiudicatione confequetur? hæc vero rurfum duplex; primum quid adverfus coheredem; tum quid adverfus debitorem, cuius nomine folvit? De utraque Paulus ad hanc fententiam. De priore ita: eum cui pignus adiudicatum eft, adverfus coheredem fuum ex adiudicatione nihil confequi: hoc autem eft, coheredem non debere illi promittere, illum indemnem futurum adverfus debitorem quanvis forte pignus evincatur, & debitor folvendo non fit, probat hoc exemplo Paulus. Nam fi poffeffor a domino aut creditore conventus, maluerit æftimationem rei præftare, quam rem reftituere, petitor de evictione illi non cavet. Poffefforis enim culpa eft, quod rem non reftituit. *L. ex diverf.* §. *petitor. D. de rei vind.* Coheres autem; cui pignus adiudicatur, in eadem cauffa. Pignoris namque æftimationem præftare malle intelligitur, quam pignus coheredi cedere. Quare ei hoc exemplo non cavebitur.

Quæ quidem ego an similia videri debeant, non fatis fcio; invito enim pignus adiudicatur. Quapropter in eo, si pignus habet, nulla culpa sit, contra is, qui hypothecaria convenitur; volens pignus retinet: quod si vellet, poffet & deberet etiam reftituere: Sed tamen hæc Paulus comparat, fcribitque hoc in illis verbis *nec cavere* ufque adverfum *contra*. In quibus ambiguitas animadvertenda eft. Verba hæc funt: *is cui pignus adiudicabitur, in familiæ erciscundæ iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet:* incertum eft, veiit ne eum non debere, cui pignus adiudicatur: an vero coheredem cui ille damnatur. Nam utrunque prius nominavit. Et quidem quod ad difficultatem facit, ut præcedens oratio eft, pro *erit*, eum intelligi potiffimum, cui pignus adiudicatur. Is enim eft, de quo præcedens propositio affirmatur. At hic accipi non poteft. Cui enim pecunia a coherede foluta eft, is nullam divisionem metuit, si pecunia fuit coheredis; si non fuit, neque coheres, neque debitor liberatus eft, ut fruftra amplius caveretur quod fatis per fe debetur. Is folum laborat de damno qui pignus poffidet: quia periculum sit, ne pignus evincatur, atque ita amittat, quod coheredi folverit, si a debitore id confequi non potuerit. Ita huic folum de indemnitate profpectum effe oportuit. Quod cum ita sit conditio rei de qua agitur, quem intelligere debeamus, nos admonebit. Sequitur illud alterum, quod is, cui pignus adiudicatum eft, adiudicatione adverfus debitorem confequatur. Id effe innuit Paulus, ut totum ab eo confequi poffit, & quod sibi pro parte fua debeatur, & quod coheredi damnatus folverit, ut si toto hoc non foluto, debitor pignus repetat, exceptione doli removeatur, cum poffeffor coheredi folvendo debitorem a coherede liberarit. *L.* 1. *L.* 2. *D. quib. mod. pign. vel hy. fol.* Id autem ait, confequi poffe illud contra, ut sit *contra*, vice verfa, quia prius dixiffet poffefforem pignoris a coherede fuo nihil confequi quod adverfus debitorem contra eft. *Contra quoque*, inquit, *fi is heres, cui pignus adiudicatum eft, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus eft:* hic rurfum ambiguitas verborum Pauli animadvertenda eft, ut enim verba concepta funt, hic fenfus effe debuit, si poffeffor pignoris velit totum reddere, fupple pignus (nam de eo agitur) audiendus eft, quod quidem mone-

monere ftultiffimum fuerit: quasi quifquam dubitare poffit, an creditor poffit pignus reddere, quod aut reddere etiam cogatur, aut si iure non debeat, poffit, tamen ius fuum remittere. Quoniam ergo hæc fententia effe non poteft; illa sit contraria, neceffe eft; de qua fola dubitari potuit; ipfum creditorem non cogi pignus reddere, nisi totum ei reddatur. Itaque sic verba accipienda erunt: *fi is cui pignus adiudicatum eft, velit*, fupple debitorem de quo poftea agit, *reddere totum*, id eft, non id folum, quod sibi debetur, in quod id pignus obligatum eft: fed etiam quod ipfe ex condemnatione coheredi folvit. Quod ipfum confequi poffe poffefforem pignoris ex aliis locis liquido probatur. *d. L.* 1. & *L.* 2. *quib. mod. pig. fol. L.* 7. *§. Inter eos D. com. divid.* Ex hoc poftremo refponfo sive per occasionem, sive, quod ad præcedentia confirmanda pertinet, licet intelligere non effe similia ea, in quibus contra refpondetur, quæ tamen paria videantur: tractat an idem concedendum sit adverfus debitorem & creditori, qui pignus ex emptione habeat, non iudicis adiudicatione. Nam & coheres, cui pignus adiudicatur, creditor eft: ut puta, heres qui pignus poffidebat, vel coheredi fuo, vel alii creditori, cui idem pignus obligatum erat, pignus perfequenti maluit folvere quod illi debebatur, quam rem reftituere. Quæro an creditor a debitore pignus repetente totum confequi debeat, & quod fibi debetur, & quod folvit alii creditori. Ait Paulus non effe idem dicendum. Et hoc eft non effe huic idem concedendum, quod quærebamus: hoc dicit illis verbis: *non idem dici poteft*. Quod quidem non tantum ratione omni carere: fed etiam certis locis in contrariam fententiam fcriptis refelli videtur. Cum coheres qui coheredi damnatus eft, adeo in eam fummam pignoris retentionem habeat, quod debitor liberatus dolo faciat, ubi non oblata pecunia pignus repetit: si poffeffor alius quivis creditori pignus perfequenti folvat, & debitorem eodem modo liberet, cur debitor si pignus repetat pecunia non oblata, non dolo facere dicatur, nulla ratio eft. Iam vero & poffefforem quifquis eft, qui ut pignus retineret, litis æftimationem folvit creditori, poffe in eam fummam pignus retinere, planeque cum coherede, qui coheredi partem debebatur quæ folvit, comparandum effe his locis clare oftenditur *L.* 2. *§. Inter, D. com. divid. L.* 2. *D. quib. mod. pig. fol.* Nos vero Pauli dictum fic accipere debemus: heredem cui pignus adiudicatum eft, qui idem coheredi damnatus eft, poffe a debitore confequi totum, quod folvit, non modo fi tantum folvit, quod coheredi debebatur: fed etiam fi quid amplius. Itaque illud verbum, quod Paulus fupra pofuit ἀκύρωτος dictum effe. Creditor autem qui pignus emit, ipfum quidem, quod alii creditori, cui folvit debebatur, confequi poterit; in eamque rem exceptio doli proderit: quod fuperioribus eius locis & æquitatis ratione defenditur. At fi quid amplius præftitit, puta ipsius rei æftimationem (ut ius eft poffefforem pignoris in tantam pecuniam creditore agente condemnari. *L. fi inter, §. ult. D. de pig.*) quod ultra eft, non confequetur: idemque non confequetur totum, quod in eo, cui pignus adiudicatum eft, prius dicebamus. Ratio differentiæ a Paulo redditur; quia *adiudicatio* inquit *neceffaria eft, emptio voluntaria*, significant auxilio dignum effe eum, qui præftare neceffe habuit: non effe dignum eum qui fua voluntate emit quia in poteftate eius fuerit non emere: neceffitatis excufatio similibus in cauffis compluribus recepta *L. fi fideiuffor. §. fi neceffaria, D. qui fat. cogan.* hic occurritur, non videri nos cohærentia fcribere. Sic enim dicimus coheredem cui pignus adiudicatum eft, poffe confequi, quod amplius folvit, quam coheredi debebatur, quia neceffitate fecerit: quasi quicquam amplius præftare cogatur. At quidem prius negabamus illum ultra id quod coheredi debetur, condemnari. *L.* 7. *§. inter eos D. com. divid.* Id sic accipiendum eft, si ex æftimatione iudicis pignus heredi adiudicatur, non ex licitatione. Si pignus adiudicatum a iudice æftimandum eft, non fane vero precio æftimabitur pars, fed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur. *L.* 7. *§. inter, D. com. divid.* Id enim iudicem fpectare oportet, quod res eft, id eft, quantum sit, quo coheredi fatis fiat. At si coheres, qui pignus non poffidebat, ad licitationem provocavit, neceffitatem hanc affert poffidenti, ut aut æftimationem rei offerenti pignore cedat, aut ipfe plus offerat, ut pignus ex licitatione auctore & adiudicante iudice retineat. Id vero confequi eum debere dicimus, si quis tantum præftiterit, citra adiudicationem, non poffe. Hoc dictum de emptore pignoris Paulus deinde corrigit exceptione, his verbis: *nisi fi obiiciatur creditori, quod animofe licitatus eft.* In quibus verbis huiufmodi exceptionem fubeffe puto fuperioris fententiæ. Non idem dicendum

dum est, inquimus, In creditore, qui pignus habet exemptione, & eo qui habet ex adiudicatione. Imo idem dicendum erit, si obiiciatur creditori; intellige, cui pignus adiudicatum est, quod animose licitatus est: animose licitari is dicitur, qui studio pignoris retinendi plus offert, quam debebatur, & res valeat, quamque sit ad pignoris conservationem necesse. Hic vero singularis quædam obscuritas est. Primum incertum reliquit, quem creditorem in his accipere debeamus, utrum eum, qui pignus emit volens, an eum cui pignus adiudicatum est. Vel verius, ut sunt verba omnia eius præcedentia, videtur voluisse eum solum nos intelligere, qui pignus emit. Nam in hoc toto responso hactenus hunc creditoris nomine appellavit: illum nominat coheredem, cui pignus adiudicatum est. At eum qui pignus emit, intelligere nullo modo possimus. Etenim si hic non consequitur ultra quam debitorem liberavit, cum animose non emit: quanto minus id consequetur, ubi animose emit? adde quod hic ex licitatione rem non consequitur, sed quia eam restituere noluit. Restat igitur, ut ratione potius, quam ex verbis quid sentiat, colligamus: nimirum eum creditorem, eundemque heredem cui pignus adiudicatum est. Deinde & in eo obscuritas non minor: quod in eo creditore, cui pignus adiudicatum est, si animose licitatus est, & in eo qui pignus emit idem esse dicit, neque hoc quid sit exprimit. At quodnam hoc *idem* intelligimus? an ut is quoque qui emit; supra debitum consequatur? sed iam effectum est, hunc nihil amplius consequi posse, quam quod debitoris nomine solvit. Quare hoc quoque ratiocinando assequimur, *idem esse* hoc sensu, ut neque is cui pignus adiudicatum est, eum animose licitatus est, quicquam amplius consequatur, quam quod debebatur. Ad extremum hanc quoque ipsam exceptionem temperat illis verbis: *sed huius rei ratio habebitur*; quorum verborum, hæc sententia est, quod diximus neutrum supra debitum consequi eum animose licitatus est, non simpliciter verum est: *sed eius rei ratio habebitur:* id est, animadvertendum erit, utrum & quando id facere debeamus. Est enim, cum creditor qui animose licitatus est, supra id quod debebatur consequi possit, si præstiterit: est cum non possit. Non poterit, si nulla necessitate, sine utilitate proposita debitoris, supra debitum præstitit: quia in eo negotium debitoris non gessit. Si ex utilitate debitoris plus præstitit, ut pignus retineret, non modo habebit retentionem huius rei nomine, sed ultro actionem habebit adversus creditorem, ut in Pandectis florentinis legitur, ultro, id est, etiam non exspectato eo, dum creditor pignus suum petat. Recte: Quod enim creditor fecit, dum alii creditori solvit, videtur ipse fecisse per procuratorem; hic & rem domini gereret, creditor hoc facto gessit. Sic autem debitori expedire potest, supra id quod debetur præstare coheredi ad pignus retinendum, si periculum fuerit, ne adversarius pignus receptum corrumperet, ut est ætatis imbecillitas, aut sunt mores, ut si proponas nepotem aliquem & decoctorem bonorum suorum. Erit autem hæc actio pigneratitia contraria, in quam actionem veniunt, quæcunque in re pignori obligata utiliter gesta sunt. Summa de posteriore quæstione proposita hæc erit. Si ex duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, unus alteri quid solvit, ut solus pignus haberet: siquidem nihil nisi quod illi debetur, repetet, sive pignus ex adiudicatione, id est, necessario habeat, sive ex emptione, *L. 1. & 2. quib. mod. pig. sol.* sin supra quam deberetur, ad rei videlicet æstimationem: ita repetet, si debitori tantum præstari expediebat, ad pignus servandum, neque hic quicquam magis quam supra intererit, quomodo creditor pignus consecutus sit. Si debitori non expediebat: hoc iam loco illa distinctio adhibenda erit, ut referre putemus, utrum ex adiudicatione pignus habeat, an sua voluntate emerit: hic nulla pignoris retentio est: illic retentio est: si modo creditor animose licitatus non sit: adiudicatio enim necessaria; emptio voluntaria.

Ad L.

Ad L. Filium quem, C. familiæ erciscundæ.

DE sententia huius rescripti dici nihil potest nisi prius species facti intelligatur. Nam ex facto ius nascitur. At, hoc loco species facti proponitur ambigue: ex quo obscuritas quæstionis: orationis igitur ambiguitas initio nobis explicanda est: verba hæc sunt, quæ ambiguitatem habent. Testator sanxit filium habentem fundum restituere portionem hereditatis. Duobus modis hæc verba accipi possunt. Possunt hoc modo: ut sit sensus: testatorem iussisse filium habentem, id est, eum qui habebat fundum, restituere portionem hereditatis. Possunt hoc modo: ut sit, testatorem iussisse filium portionem hereditatis restituere, habentem fundum id est ea lege, ut fundum sibi ex hereditate haberet, a se deductum, videlicet hunc habens: sic denique portionem restitueret. Ut priore quidem sensu, verbum hoc, *habentem*, verbo, filium adiungatur: posteriore, adiungatur verbo restituere, eiusque vim determinat. Utraque interpretatio suos auctores, & defensores habuit magnos & eruditos viros: utra verior, videndum est. Et quidem, qui interpretantur, filium qui habebat fundum rogatum esse, hoc dicunt, rogatum esse eum, qui fundum habebat a patre vivo datum, ut esset apud filium peculii profectitii loco: ut sententia hæc efficiatur, cum de quarta retinenda in specie proposita agatur, quartam in hoc fundo filio assignandam, neque ut alias ius est, cum nulla quarta retinenda est, fundum cum fratribus communicandum. Hæc sententia neque verbis convenit, & sententia etiam rescripti refutatur. Iam primum hoc non convenit, quod filium hunc in potestate patris esse fingunt, cum illi peculium assignant. Nam peculium patrisfamilias esse non potest. *L. ultim.* circa fin. *C. de inoff. test.* potuit esse emancipatus, & rescriptum filium simpliciter nominat. Ne illud quidem convenit, quod fundum datum volunt a patre, ut in peculio profectitio esset. Nam rescripti verba sunt, filium fundum habere. Potuit si in potestate esset filius, fundum aliunde habere, quam a patre & ea lege donatum ne ad patrem perveniret, quo casu vel maxime fundum ex verbis habere diceretur. Verbis igitur hæc interpretatio non congruit. Sententiæ vero ipsi etiam maxime refragatur. Ait & rescriptum portionem huius fundi hereditariam, in quartam imputari. Id si superiorem rationem sequimur, fieri non potest. Etenim rogatus filius portionem hereditatis restituere, portionem huius fundi hereditariam ex fideicommisso restituet. Nam hæc fideicommisso continetur, *L. in fideicommissariam, §. ult. D. ad Trebell.* Si restituit, eam non retinet; si non retinet, in quartam non imputat. Prius est enim ut quid habeas, quam ut in quartam imputes, *L. in quartam, ad L. Falcid.* Sed huic obiectioni occurritur a Bartolo. Negat enim partem hereditariam huius fundi restitui cum reliquo fideicommisso: non quia verbis fideicommissi continetur: sed quia propter æquitatem rei iudex familiæ erciscundæ huic filio assignare debeat, ut quartam, quam alias ex singulis rebus retinemus, nunc in hoc fundo habeat.

Itaque in eam sententiam singularem hunc ex toto iure locum notandum putat, huius singularis iuris adversus significationem verborum, & regulas iuris has habet rationes, quod verisimile sit optasse testatorem, ut filius hunc fundum haberet se mortuo, quem ipso vivo habuisset, deinde, quod minus grave futurum sit, & acerbum filio si suos labores ad alios transferri cernat, ipse iis defraudetur, adversus quas rationes hæc oppono: primum fieri posse, ut filius alium fundum malit, quem ex adiudicatione habere possit, deinde primam hanc quæstionem esse, utrum eiusmodi adiudicatio fieri possit, qualem ille vult, sic deinde videndum esse, an caussa sit, cur fieri debeat: hanc autem adiudicationem natura procedere non posse. Non potest iudex familiæ erciscundæ quin aut partem divisam huius fundi filio adiudicet, aut totum fundum. Partem divisam non assignabit: quia rescriptum de hereditaria loquitur; hereditaria autem portio indivisa, fusa per totum fundum. *arg. L. non possumus, D. si pars her. pet. L. coheredibus. C. hoc tit.* Rursum totum fundum non adiudicabit: quia rescriptum portionem tantum nominat, & præterea significat, si hac parte hereditaria quarta compleatur, filium nihil ultra habere posse. Addemus etiam partem hereditariam fundi adiudicari posse, quid interesse tanti filii putamus, unam huius fundi particulam habere, ut totum non habeat? Restat, ut ita interpretemur rogatum esse filium restituere portionem heredita-

tis

tis habentem fundum, id eft, sic rogatum, ut deducto five præcepto fundo, quem præcipuum filium habere vellet, portionem hereditatis reftitueret. Quod Lanceloto Polito recte visum eft, nec cur in hac fententia aliquid Alciatus mutaret, quicquam cauffæ fuiffe reperiemus. (*vide Alciatum libro fexto, paratit. Cap. primo.*) Sit igitur hæc fpecies facti, & ad hanc fententiam refcripti hoc modo expofita. Teftator tribus filiis heredibus inftitutis, uni ex his fundum prælegavit, fideique eius commifit, ut fibi habens fundum, portionem hereditatis fratribus fuis, & aliis quibufdam reftitueret, fub conditione, *fi navis veniret ex Afia*. Cavit præterea, ut coheredes vice mutua aliquid reftituenti darent. Cum conditio fideicommiffi poftea extitiffet, erat hæc prima quæftio natura, quid iuris effet de reftitutione. Sed ius certum eft filium, cuius fideicommiffum eft, debere portionem hereditatis reftituere, ita ut ex Senatufconfulto, quartam habere debeat, §. *fed quia heredes*, *Inftitut. de fid. hereditat.* ita præterea, ut fundum hunc, de quo diximus præcipuum haberet ex voluntate teftatoris, ut Scævola refpondet in *L. Titia*, *D. ad Trebell.* Itaque eft hæc quæftio hoc loco prætermiffa: Cum de quarta deducenda folum ageretur, fundum autem haberet filius eum, quem ante diximus; præterea pro eo quod reftituebat, quædam a coheredibus viciffim accepiffet: quæfitum eft, num fupra fcriptas res in quartam, & quid tandem ex iis imputare deberet: ut fi quid amplius quarta a fideicommiffariis accepiffet, quod potiffimum quærebatur, id reddere cogeretur. Imputare id eft, acceptum ferre in quartam ut quod de fuperfcriptis rebus habebit, tanto minus de hereditate queat deducere. Quæftio in eo eft, quid in univerfum in quartam fideicommiffariam imputetur. De quo fi ius breviter propofuero, idque ipfum in hoc refcripto tradi reperietur: fatis erit argumenti hoc refcriptum eam fententiam, quam fubiicio, non admittere folum, fed etiam flagitare. Et placet in quartam fideicommiffariam imputari quicquid non modo iure hereditario heres capit, qui rogatus eft, fed etiam quicquid iudicio teftatoris: quod genus eft, fi quid ei legatum fit, aut conditionis implendæ cauffa datum. Vide etiam atque etiam num in *L. in quartam*, *D. ad L. Falcid.* quod dicitur, ex prælegato extra quartam effe, quod a coherede accipitur, tunc folum locum habeat, cum fideicommiffum alii quam coheredi reftituitur. Si reftituatur coheredi; contra fit; ut in legatis, quæ ab uno alteri coheredi data funt. Nota & *L. Nefennius ad L. Falcid.* Et expende illud, *compenfato*, in *L. filius quem h. tit.* quod hic fignificare videtur adverfus coheredes non imputari in quartam, quod a coherede accipitur: adverfus ipfum heredem imputari, & ut refcriptum loquitur, compenfari id, quod heres fideicommiffarius accepit cum eo, quod ab illo fibi præftari defiderat.

Plane in re, quæ de hereditate prælegata fit, eam partem in quartam imputari, quæ iure hereditario capiatur: quod autem, a coheredibus capiatur iure legati, extra quartam effe: hæc in *L. in quartam. D. ad L. Falc.* Eadem in hoc refcripto tradi reperiemus. Nam & fundi, cuius meminimus, hereditariam duntaxat portionem in quartæ ratione retineri fcriptum in eo eft, & fi quid a coheredibus vice mutua acceptum fit, id non pro parte, fed totum compenfari cum eo, quod retinere heres debuerit, five in eam rationem totum imputari: fcilicet quia iudicio teftatoris delatum fit. Quod pofterius dubitationem non habet. Illud habet, quod dicamus hereditariam fundi prælegati partem, in quartam duntaxat imputari. Hic enim exoritur ratio Alciato, fi fundus prælegatus fit filio: non modo portionem hereditariam fundi in quartam imputari debuiffe, fed etiam debuiffe reliquas, quæ iure legati habeantur. Demonftrari hoc refponfo Pauli quod extat fub titulo *Digeft. ad L. Falcid.* cuius initium eft, *Nefennius*. Cuius refponfi hæc fumma fit: fi heres iuffus quid coheredi dare, tantum a coherede capiat, quantum ab illo deducere defiderat, non effe audiendum, fed obftare doli exceptionem, videri enim illi a coherede datum, ut fuppleatur ex voluntate teftatoris, quod deducere defiderat. Quid autem aliud fit in hac reftitutione? filius de portione hereditatis, quam fratribus reftituere debet, aliquid retinere defiderat, at idem ab iis in duas partes huius fundi capit, *L. deducta*, §. *minus D. ad Treb.* Quod ergo ita capit in quartam imputabit.

Priufquam de hac obiectione refpondeo, illud mihi ad confirmationem prioris fententiæ præfandum effe videtur: etiam fi diffimilitudinem refponfi Pauli afferre non poffemus difficultate aliqua aut ignorantia impediti: tamen parum ingenue feciffe Alciatum, qui illius refponfi ratione abufus fit, ut omnium certiffimam fen-

Digitized by Google

ſententiam, quæ in aliis locis ſine controverſia cuiuſquam extaret, convelleret. Quid enim aliud in fideicommiſſaria reſtitutione de prælegato reſponſum & traditum eſt, quam quod in hoc reſcripto tradi diximus? Generaliter illa definitio eſt, ita ut nemo infirmare conetur, in *L. in quartam*, *D. ad L. falc.* Adeo autem idem de hac ſpecie Scævola ſcribit in *L. Titia*, *D. ad L. falc.* ut conſulto eo loco ſpecies poſita eſſe videatur, quæ ad huius reſcripti enucleationem referretur. Quæ huc pertinent, ut ita ſtatuamus, ſi obiectio *ex L. Neſenius*, neminem unquam movit, ut ſententiam certam de fideicommiſſaria reſtitutione duorum proximorum capitum mutaret: nihil fuiſſe cauſſæ, cur in *L. filius*. commutaret quæ eadem prorſus cum illa eſſe intelligatur. Nunc ergo quod ad defenſionem valeat, non interpretationis noſtræ, ſed eius ſententiæ, quæ a iuris auctoribus recepta & clare tradita eſt de iis, quæ in quartam fideicommiſſariam imputentur, reſpondeo: multum intereſſe; is ne quartam retinere a coherede poſtulet, a quo legatum eſt, an is, qui hereditatem rogatus eſt coheredi reſtituere; referre denique utrum quarta de legato coheredi relicto, ex lege falcidia detrahatur; an de fidei commiſſo ex Senatus conſulto. Qui de legato, quod coheredi traditum eſt, deducere vult, ſi quid ei viciſſim legatum ſit, id facere poterit, at in quartam imputabit. Quia teſtator utrique pariter legando, parem in his legatis conditionem heredum eſſe voluit, id eſt, legatum utrique præcipuum, ut ſi is, qui lege falcidia utitur, fundum ſibi legatum, præcipuum habere poſtulet, idem coheredi in eodem legato concedere debeat. Quæ ſpecies eſt apud Paulum, expoſita *d. L. Neſenius*. Qui autem de fidei commiſſo quartam a coherede petit, huic ſi quid legatum eſt de hereditate, & quartam habere debebit ex Senatus conſulto; neque de voluntate teſtatoris in quartam imputabit, quod in eo legato a coheredibus iure legati habeat; idcirco quia teſtator non parem horum heredum in accipiendo relicto cauſſam eſſe velit, ſed eius, cui prælegatum datum eſt, præcipuam, id eſt, talem, ut cum fundum habere velit, præter hereditatem, & hoc ſepoſito, nihilominus reliquam hereditatem cum coheredibus partiri. Hæc ſententia magis nobis probabitur, ſi expendemus reſponſum illud Pauli, non eſſe ex iure certo, ſed effici interpretatione voluntatis, cum autem quæritur, quid teſtator quemque heredem præcipuum habere velit, recte opinor voluntas ſuperioribus coniecturis explicatur: ad ſummam, ut ſimilitudinem horum locorum explicare non poſſim; illud conſtabit; aliud in reſtitutione fidei commiſſaria iuris eſſe, aliud in cauſſa legatorum, cum heredi onerato aliquid legatum eſt, & nunquid ex eo legato in quartam imputetur, quæritur. Sed illa intellecta quam, (ſupra dixi) aliam credo non magnopere deſiderabimus. Hoc poſito iure de fidei commiſſaria reſtitutione, nonnulla quæruntur & merito, cur & illa in quartam imputentur, & hæc non computentur; & rurſum cur diverſum ſtatuamus in quarta, quæ de legatis detrahitur ex lege Falcidia, atque in ea, quæ ex Senatus conſulto. Sed hæc ſi placet, paulo poſt videbimus, ita ut eadem opera ratio eorum, quæ traduntur in *L. in quartam D. ad L. falcid.* explicetur. Nunc quæ in reſcriptis ſequuntur, ſubiiciemus, ait igitur reſcriptum, si quid iis, quæ diximus; in quartam imputatis, ad quartam deſit, tum id in ſupplementum deducendum. Recte reſcriptum deducendi verbo utitur. Quarta & de hereditate deducitur, ut ex legatis. Quod ne monuiſſem quidem; eſt enim hoc clarius ſcriptum apud Iuſtinianum *in §. ſed quæ heredes, Inſt. de fid. hered.* quam ut dubitari oporteat, niſi quidam, de hoc verbo ſibi non liquere dicerent, atque adeo ita inepte legi affirmarent. Ut pro deducto, adiecto, reponerent; qua in re facile declararunt, quam periculoſa res ſit, nimia iſta & inſolens ex locorum correctione & innovatione laudis ingenii affectatio, quæ illos tam nihil interdum in rebus etiam certiſſimis videre doceat. Sequitur in reſcripto. Quod a cæteris in eo fundo ſolvitur, ſupra quartam habens reddere compellitur. Horum verborum ſenſus, qui quidem ad ſuperiorem hypotheſin accommodetur, duplex tantum eſſe poteſt. Alter hic, de Alciati ſententia, ut cæterorum nomine eoſdem coheredes accipiamus, quibus fideicommiſſum reſtituitur: hoc autem Imperatores dicere intelligantur; quæ partes a coheredibus in hoc fundo præſtantur, eas partes filius ſupra quartam habere, id eſt, quod ſupra diximus; in quartam non imputare. Ita filius habens reddere compellitur, ſupple portionem hereditatis, de qua rogatus eſt. Sententia per ſe veriſſima, ut ſupra quoque oſtendimus: ſed eiuſmodi quæ verbis non ſane congruat: primum quod reſcriptum cæteros dicit: at prius coheredes nominabant, ita ſtatim, cæteros ſubiiciendo, alios quam coheredes intelligere ſe

arguit,

arguit, quibus videlicet præter heredes filius portionem hereditatis restituere debuit: idque est, quod in principio rescripti dicitur, fratribus & aliis quibusdam restituere sanxit testator, & ab his qui coheredes non sunt, fundus hic non præstatur. Deinde ex hac sententia id erit, in rescripto prætermissum, quod præcipue quærebatur, quid filius reddere debeat. *Reddere*, inquiunt Imperatores, *filius compellatur*. Quid nam quæret aliquis? portionem hereditatis, inquimus. At hoc rescriptum non adiicit & poteramus quidvis aliud intelligere, fortasse quartam etiamsi non recte; inepte igitur hoc ita scriptum fuerit. Est igitur hic sensus iudicio meo; cæteros, quibus fideicommissum restitui debebat præter coheredes, ut restitutionem fideicommissi impetrarent, solvisse filio æstimationem aliqua parte fundi, quasi ipsi quoque aliquid in eo fundo præstare deberent, ut ad fideicommissum pervenirent. Id filius supra quartam habens, id est, quia supra quartam habet, reddere compellitur.

Dicet aliquis: atqui cæteri nihil ex eo fundo debebant, qui si hereditarius esset, hunc filius partim hereditario, partim legati iure haberet: sin minus, tanquam coniunctæ personæ relictus a solis heredibus præstari debet. *L. cum alienam, C. de legat.* Sed fieri potest, ut errore illi solverint, quasi deberent, aut præstiterint ut citius fideicommissum consequerentur. Denique nihil ad rem pertinet, cur solverint, si ad quartam nihil ex eo debebatur, ut non debebatur, cum filius fundum alium haberet: hæc enim sententia est: quicquid filius supra quartam habet, restituere compellendum, hoc rescriptum ad rationem huius iudicii ita pertinet. Proponitur unus ex heredibus, cogi portionem hereditatis restituere: proponitur etiam sententia nostra, fundus illi prælegatus. Si ex hac restitutione hereditas dividenda est: inter hæredem & fideicommissarios ita dividetur, ut fideicommissarii dodrantem habeant, hæres quadrantem eius portionis, ut ita dividatur inter heredem & fideicommissarios hoc iudicio agitur. *L. sed & eius, D. eod.* Deinde si quid uni relictum sit, id heres hoc iudicio præcipuum consequitur. *L. si qua, C. eod.*

Nunc illa, quæ dixi circa quartam quæri, paucis consideremus: fundi prælegati partem hereditariam in quartam imputari traditur, & hic & in *L. in quartam, ad L. Falcid.* Quod declarat filium & fundum totum habere, qui prælegatus est, neque quicquam ex eo restituere, quod Scævola quæstione nominatim de eo genere proposita respondet *in L. Titia, D. ad L. Falc.* & quod habeat, id partim hereditario iure, partim non hereditario habere, id est, iure legati; cæterum cum habet totum: nihil tamen amplius, quam quod iure hæreditario habeat, in quartam imputare. Quod totum habet, non mirum, cum totus sit legatus: ut autem habeat totum, non iure legati, cum sit legatus, ius facit. In persona namque heredis, quatenus heres est, legatum non consistit: cum sufficiat ad ius dominii quod rem iure hereditario habeat. *L. legatum. §. 1. D. de leg. 1.* Tribus igitur heredibus ut proposuimus, institutis, filius tertiam partem iure hereditario habebit: cæteras accipit a coheredibus iure legati. *L. deducta, §. nummis, D. ad Treb. L. cum pater*, in princ. *D. de leg. 2.*

Illud in quæstionem vocatur, quod ne hereditariam quidem partem restitui dicimus. Quid enim in quartam retineri dicimus, id valet simpliciter retineri, nec in fideicommissi restitutionem venire. At filius portionem hereditatis restituere rogatus est, id est, quicquid haberet hereditarium; hæc autem portio fundi, citra controversiam, hereditaria: verbis igitur fideicommissi continetur. Id vero etiam diserte scriptum est in *L. in fideicommissaria, §. ult. D.* ad Treb. *Si*, inquit Ulpianus, *legatum sit heredi relictum, & rogatus sit, portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere quod a coherede accepit, cæterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadere. Divus Marcus decrevit.* Sed multum refert: utrum heres cui iam ante legatum erat, rogetur simpliciter restituere portionem hereditatis, an vero restituere deducto sive retento aliquo fundo.

Si simpliciter rogatur, nihil excipitur, quod sit hereditarium; itaque omnia verbis fideicommissi continentur. Id superior locus Ulpiani demonstrat. Quod si ita rogatus sit heres restituere, ut fundum sibi habeat quod in specie huius rescripti factum proponitur: apparet nihil de fundo in restitutionem venturum, cum nominatim fundus exceptus sit. Sed & si testator heredem roget hereditatem restituere, post ei leget, legatum in fideicommissum non veniet. *L. Titia, D. ad L. Falcid.* quasi legatum fideicommisso sit, ut posterius, ita potius. Illud etiam non liquet, cur cæteræ res, quæ iudicio testatoris ca-

piuntur, quanvis legatæ in quartam fideicommissariam imputentur; in rebus prælegatis placeat id solum imputari, quod iure hereditario capitur; reliquas partes extra quartam esse quæ iure legati a coheredibus capiuntur. Id vero in prælegato voluntas testatoris facit quæ ita colligitur. Cum testator unum ex heredibus aliquid quod sit hereditarium deducere, sive sibi habere iubet, iubet nimirum hoc illi esse præcipuum: id est ita eum habere, ut hoc deducto nihilominus cum reliquis heredibus hereditatem partiatur, quod verbum præceptionis satis declarat, quod in hoc genere usurpatur. At non habebit heres fundum præter reliquam hereditatem, si in quartam acceptum ferret. Quantum enim in quartam imputabit, tantominus habebit de hereditate. Id vero contra voluntatem testatoris. At enim hac ratione, dixerit aliquis, non debebit ne eam quidem partem in quartam imputare, quam iure hereditario capit, quandoquidem ut diximus; testator velit totum fundum illi esse præcipuum. Non recte hoc colligitur. Non enim eadem caussa est eius portionis, quæ hereditaria est, & cæterarum, quæ a coheredibus accipiuntur; non idem iudicium de utroque genere testatoris. Hæ enim in quartam non imputantur, quia secundum voluntatem testatoris retinentur: non enim eas restituere rogatus est, qui portionem hereditatis rogatus est. Illa contra voluntatem: cum fidei commissi verbis contineatur, nisi in quartam imputetur, ut tantum de hereditate restitui oporteat. Detinebitur quidem hæc portio, sed ita, ut tantum in quartam imputetur. Quæ Scævolæ ratio est in *L. Titia D. ad L. Falcid.* Adde quod partem hereditariam in quartam imputando heres tantum de hereditate retinet: quod omnibus legibus, quæ sunt de quarta retinenda, ad quartam satis est. Cæteras imputando, neque eas tanquam hereditarias habet, & tanto minus de hereditate retinet. Hæc de prælegato hoc excepto; cætera quæcunque iudicio testatoris aliunde ad heredem venerunt, in quartam ex Senatus consulto imputari placet. In quo rursum magna quæstio est, cur in quartam, quæ ex lege falcidia retinetur, nihil eorum imputetur: ut enim non sine caussa id quæri intelligatur, *in §. sed quia heredes Inst. de fidei hered.* scriptum est, *ei qui rogatus est hereditatem restituere, perinde licere quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis conceditur.* Ut igitur retinetur ex lege falcidia, ita retinebitur ex Senatus consulto. Et quo minus hæc similia esse dubitemus, passim quæ ex Senatus consulto in restitutionem, hæreditatis quarta retinetur, ex L. falcidia detrahi dicitur scilicet, quia huius legis exemplo detrahitur. *L. Titia D. ad L. fal. L. coheredi, §. cum filio D. de vulg.* Differentiæ rationem refutatis aliorum sententiis conatus est explicare Andreas Alciatus, *lib. 6. paratitl. c. 5.* sed parum, quod res declarat; assecutus est.

Animadverti oportet quis sit is, qui quartam detrahere vult. Tum hoc quod habet, quo iure habere debeat, facile statui possit, existimo. Multum ergo interest, utrum is heres sit, a quo supra dodrantem legatum est, an is sit, qui rogatus sit ipsam hereditatem restituere, ut hereditate exhausta pro herede habeatur, aut non habeatur. Cum ab herede legatum est, legatis solutis etiam si nihil reliquum sit ex hereditate, nihilominus heres manet in solidum, qui ante fuerat, & omnibus oneribus hereditariis obligatur; legatarii onere tenentur æris alieni, *L. ult. C. de her. act. L. si hereditatem, L. Mævia.* Consentaneum igitur, ut qui restituta hereditate heres manet, is tanquam heres quartam habeat; præsertim cum legis falcidiæ verba ita sint; *ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento capiant, L. 1. ad L. falcid.* In fideicommissi restitutione ratio personæ commutatur, heres enim hereditatem restituere rogatus, quantum de hereditate restituit, non dico, ad dodrantem usque (quod constat) sed etiam supra dodrantem, eatenus oneribus hereditariis Senatusconsulto Trebelliano liberatur: actionesque tam fideicommissario, quam in fideicommissarium dantur, breviter vi ipsa heres esse desinit. *L. 1. D. ad Trebell. §. si quis una, Inst. de fid. hered.* Non recte igitur, ut qui heres non est, si sibi tanquam heredi quartam apponi postulet: cum præsertim si quid iure legati habeat, & in quartam imputet, eatenus omni molestia æris alieni exoneretur, *d. §. si quis una, Inst. de fid. her.* hic nobis occurritur. Quod enim restitutis legatis ex lege falcidia heres, nihilominus heres manet, & creditoribus hereditariis tenetur, id perinde accipi debet, quasi nec teneretur: cum antequam legata præstentur, ex lege falcidia æs alienum deducatur. *§. ult. Inst. de L. fal.* hoc non arguit heredem iam heredem non esse, & omni molestia, atque onere hereditario liberatum. Æs alie-

num

num ante omnia detrahitur, ſed ideo non de ſuo præſtat. Cæterum tenetur ipſe creditoribus hereditariis, quorum actiones excipere cogitur, in quo illi iudicii molestiæ ſuſcipiendæ ſunt. Addo ſolutionis curam ut caveat, ne cuiquam minus recte ſolvat, cui ſcilicet nihil debeatur: quod ſi fiat, periculum eis eſt *arg. L.* 3. *in fin.* 1. *ref. D. ad L. falcidiam*.

Si quis forte miretur diligens & acutus lector, quod huic Auctoris Conſilio duplex ſummarium ſit appoſitum: Alterum videlicet initio præmiſſum, quod generales iuris locos indicat Conſilio eidem adſperſos; alterum quod quibuſdam locorum intervallis diſpoſitum præcipuam rerum ipſarum tractationem connotat, atque diſtinguit: nos facile ſtudioſo cuique ſatisfacimus, illudque reponimus, nihil hic a nobis immutatum: ſed omnia hæc, qualia in Wecheliana Harnoviæ Editione in 8. *conformata deprehendimus, integre a nobis eſſe ſervata; illud tamen commodo legentium fecimus ut numeros in margine haberemus appoſitos, qui prioris & generalis ſummarii numeris reſponderent. Quod te monitum volumus, humaniſſime lector.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
CONSILIUM,
ACADEMIÆ ALTORPHINÆ
NOMINE SCRIPTUM.

De iure paſcendi & aliis iuribus pluribus.

SUMMARIUM.

1. *Rerum acquirendarum cauſſæ inter cæteras iure receptas uſitatiſſimæ ſunt, traditio & conceſſio eius, cuius res fuit, & eius rei uſucapio.*
2. *Inſtrumento tam diu ſtatur, donec contrarium probetur.*
3. *Actore non probante, Reus abſolvitur.*
4. *Negantis factum per rerum naturam nulla eſt probatio.*
5. *Reg. Non probat hoc eſſe, quod ab hoc contigit abeſſe.*
6. *Exemplo inſtrumenti quatenus credatur.*
7. *Scripturæ de rebus fiunt, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit.*
8. *Plus valet quod actum, quam quod ſcriptum eſt.*
9. *Ordo ſcripturæ & rei geſtæ licet convertatur, nihilominus quod ſcriptum eſt valet.*
10. *Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet.*
11. *Iudex in propria cauſſa nemo eſſe poteſt.*
12. *Propria cauſſa dicitur, Cuius commodum aut incommodum ad aliquem ſuo nomine pertinet.*
13. *Patronus in cauſſa, cui patrocinium præſtat, teſtimonium dicere non poteſt.*
14. *Teſtis in re ſua nemo idoneus eſt.*
15. *Iudicis Officium in quibus conſiſtat.*
16. *In uſucapione quæ potiſſimum ſpectanda ſint.*
17. *Succedens in alterius locum iuſtam ignorantiæ cauſſam habet.*
18. *Ignorantia facti niſi ſupina nemini nocet.*

Commemoratio privilegiorum in ſpecie.

VIR nobilis Gabriel Mendelius iura habet magna & nobilia complura in prædio Steinfels, nempe hæc, Hoffmarckgerechtigkeit, ſecundum conſuetudinem Dominatus Parckſtein, quo verbo hæc continentur, ut omnia iura in ſubditos habeant in civilibus Mendelii; in criminalibus autem ſuo modo; item ius paſcendi in ſylvis principis; item ius arborum radicitus extirpandarum ad agros inſtituendos prata & piſcinas habendas, & alia quæ in his locis libet. Item ius lignandi in iiſdem ſylvis Principum, item ius vendendi potus cuiuſque generis, item ius venationis ſuo quoque certo modo, in quibus omnibus præfecti Principum Mendelios defendere ac tueri debent. Præterea inter hæc iura eſt hoc, ut ad querelas ſubditorum non cogantur reſpondere niſi apud præfectum Principis in Parckſtein. Etiam hoc ius eſt inter cætera ut carbones ad uſum ſuum omnis generis conficere poſſint, ſoluto conſueto precio; quæ omnia ante innumeros annos conceſſa eius maioribus cum ab his ipſis eorumque ſucceſſoribus, tum ab eo, qui & ſuc-

Digitized by Google

& successor est, continua serie sine interruptione sunt usurpata: nec se aut maiores suos ante hunc annum ab ullo unquam controversiam horum iurium esse passos dicit, quin qui litem movebant Principes aut eorum consiliarii instrumento inspecto concessorum horum iurium statim litem remitterent, & Mendelios in suo iure manere iuberent.

Narratio turbatæ possessionis supradictorum privilegiorum.

NUper admodum, id est, hoc anno 1589. extiterunt Assessores Præfecturæ Ambergensis, qui de his iuribus huic Gabrieli Mendelio controversiam facerent; & instrumentum concessorum quod Gabriel Mendelius ipsis petentibus exhibuerat; & quo eodem, præcipue ius Mendeliorum, nititur, falsum esse confirmarent; ut ita Mendelius omni illo suo iure everiatur. Cuius controversiæ exitium ille metuens nos consulit & prolatis omnibus instrumentis ad eam caussam pertinentibus, quæ penes se habet, quærit, num quid in his putemus esse idoneum aliquid, quo illa iura recte tanquam sua defendat, ne si id nihil est, temere litiget; sin est aliquid, temere indefensum ius suum relinquat, quod per tot annos salvum & inconcussum ipse & Maiores eius obtinuerant.

Transitio ad quæstiones in hoc casu propositas.

NOs omnibus inspectis & diligenter, quoad pro fide licuit expensis, ita comperisse videmur, ut bona conscientia existimemus, Gabrielem Mendelium in hac caussa iura illa, de quibus agitur, iure optimo tanquam sua sibi defendere, ut & possidens exceptionem sibi tueri, & controversiam passus adversus quosvis, qui litem moveant, ea persequi & vindicare possit. Movemur his rebus.

Distributio partium huius Responsi.

1 INter cæteras caussas rerum acquirendarum iure receptas duæ hæ sunt iustissimæ & usitatissimæ, traditio concessiove eius, cuius res fuit; & eius rei usucapio, sive longi temporis præscriptio, *§. per traditionem, Instit. de rer. divi. titulo Instit. de usucap. & long. temp. præscript. L. unica, Cod. de usucap. transf.* toto *tit. C. de præscr. long. temp.* Hæ duæ caussæ, ut quidem nobis animadvertere licuit, sic in hac caussa pro Mendelio concurrunt, ut separatim singulæ iura superiora illi tribuant.

De priori caussa illi controversiam fieri videmus. Posterior certe eiusmodi est, ut quanvis prior deficeret; tamen in hac posteriore sola acquiescere posse videatur: sed nihilominus reperietur & prior illi iure constare, ac de singulis quod videtur, dicemus.

Pars prima, quæ versatur circa traditionem & concessionem.

DE traditione & concessione superiorum iurium ita comperimus. Proferunt Mendelii instrumentum vetus conscriptum, ut instrumenti verba declarant, Anno 1437. quo instrumento comprehensum est illustrissimos Principes, Fridericum Brandeburgicum & Ioannem Comitem Palatinum, propter servitia & varia officia D. Imperatoribus & Palatinis a Mendeliis præstita, confirmare his quod in se est, simul & concedere omnia iura, quæ in prædio Steinfels olim Maiores & Parentes Mendeliorum habuerunt, nominatim hoc addito, ut inter cætera iura quæ illic enumerantur, sciant Mendelii sibi in prædio Steinfels concessa esse Hoffmarckgerechtigkeit pro iure Dominatus Parckstein in quibus sunt illa iura, de quibus diximus.

Quæ si ita sunt, & verum est instrumentum, nemo dubitare potest, quin ab illustrissimis Principibus, penes quos in sua ditione superiora iura sunt, quique hæc eadem, quibus velint, concedere possunt, hæc ipsa iura superiore concessione translata sint in Mendelios, & ea translatione Mendeliis iure optimo & iure naturali quæsita. Vere enim dicitur in *d. §. per traditionem, Instit.* de rer. divis. *nihil tam naturale esse, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi:* præsertim cum ob merita in Rempublicam collata ab eo, qui beneficio afficitur, aliquid concessum esse dicitur, quod hic factum est; ac ne de eo quidem dubitant domini Assessores Ambergenses, siquidem concessio superior idonee probaretur.

Refutatio argumentorum de falso instrumenti.

SED cum ipsis petentibus & desiderantibus de iure Mendeliorum amplius edoceri, instrumentum a Gabriele Mendelio ultro exhibitum esset; illi post diligen-

ligentem inquisitionem in id instrumentum habitam, dicunt sed deprehendisse instrumentum falsum esse, & se id pro tali habere; ut si Mendelii in hac caussa ad fidem iuris sui in posterum eo uti velint, non modo non profit sibi, sed etiam seipsos refellant, insuper etiam se falsi alligent.

Gabriel Mendelius hoc instrumento uti non vult, si falsum.

AD hanc tam novam, certe inexpectatam vocem hæc Mendelii Gabrielis prima defensio est, testari, si id instrumentum de quo agitur, falsum sit, se eo uti nolle; bona se fide tanquam verum & iustum instrumentum apud se habuisse, eoque in multis aliis auditoriis & in hoc ipso Ambergensi, cum ad exhibitionem huius instrumenti, & iuris sui probationem ipse vocaretur, sæpe usum fuisse; nec quenquam antea esse inventum, qui instrumento viso ei non acquiesceret. Ne nunc quidem se amentem & insanum futurum fuisse, ut si quid falsum in eo esse sciret, aut suspicaretur, instrumentum id proferre vellet: quo falso invento & caussam suam aperte læderet, & de existimatione quoque sua in discrimen veniret: non dubitare se, quin domini Assessores sedulo & ex animi sui sententia dicant, quod dicunt sibi id instrumentum falsum videri; sed vicissim bona venia petere eum, ut sibi liceat ius suum indefensum non relinquere, nec prius id quod obiiciatur admittere, quam ita esse probetur, quo non probato, petit ut instrumentum in suo loco, in quo antea fuit, etiam nunc maneat & fidem, ut prius, faciat.

Honesta hæc & iusta petitio est, & in qua quod petit, omnino illi concedi oporteat. Hæ enim sententiæ omni iure re-
2 ceptæ sunt nemine Doctorum refragante, semper standum esse instrumento donec contrarium probetur, *L. cum precibus, C. de prob. Cap. tertio loco, ext. eod.*
3 *titulo*. Item actore non probante in suo loco manere possessionem, & Reum obtinere, *L. qui accusare C. de den. §. retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd.*

Assessores in exceptione falsi, actoris partibus funguntur.

IN proposito autem Domini Assessores falsi exceptione adversus instrumentum utentes, in ea exceptione actoris partibus funguntur, atque adeo actores sunt, eamque exceptionem, velut intentionem probare debent *L. exceptionibus D. de probat. L. 1. D. de excep.* Quod illi non ignorantes ad probationem exceptionis suæ caussas falsi reddunt, de quibus & Mendelius nos consulit, quæritque videanturne illæ caussæ idoneæ, quibus falsum arguatur. Quibus lectis & diligenter expensis, negavimus, idoneas nobis videri, quod sequitur, ut demonstremus. Ac quo res tota magis pateat, de singulis respondebimus ordine.

Refutatio primi argumenti de litera nova.

DIcunt figuram literarum, quibus instrumentum exaratum est, esse novam, certe recentiorem, quam ut conveniat ei tempori, quo instrumentum scriptum esse dicitur. Denique eo tempore, quod instrumento eo comprehensum est nullam eiusmodi figuram literarum in usu fuisse, & ne videantur sine probatione dicere, probant hoc modo quod dicant in Cancellaria in antiquis instrumentis nullam eiusmodi figuram reperiri. Multa sunt quæ hic respondeamus. Primum si eius temporis aliæ formæ scribendi reperiuntur, idcirco necesse est non fuisse aliquos eodem tempore, qui aliter atque elegantius scriberent.

Scimus enim omnibus temporibus non omnes homines eodem modo scribere solere: sed in hac re, ut & in cæteris omnibus, sua cuique dona a Deo delata esse, alii ut pingant melius, celerius & elegantius: alii deterius & obesius. Quod autem dicunt se in Cancellaria in antiquis instrumentis nullam eiusmodi figuram literarum invenisse, quid tandem hac ratione efficere se putant. An idcirco aliis literis alia instrumenta eodem tempore scripta nulla fuisse? Nullum vero hoc argumentum est, fieri enim potest ut mille alia iisdem characteribus, quibus hoc nostrum, eodem tempore scripta fuerint, neque ad nos pervenerint. Fieri potest ut pervenerint, sed adhuc lateant, nec sint inventa. Denique qui hoc dicunt, eo tempore nullam formam scribendi fuisse qualis in hoc instrumento cernitur, factum negant. Atqui didicimus & experientia rerum & certo iure edo-

4 edocti, factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem *L. actor*; *C. de probat. L. asseveratio*, *C. de non num. pecu.* Non enim si mille dicant, se nihil vidisse eiusmodi, idcirco id ita factum non est. Potuerunt namque omnes id non videre, quod tamen alii viderunt: aut nemo vidisse, quod tamen factum fuerit. Dicent probabiliter dici non videri, instrumentum eo tempore scriptum fuisse, quod alii aliter vulgo scripsisse proponuntur. Sit sane hoc ita probabile, ut potuerit ita esse, sed si est eiusmodi, ut potuerit etiam non ita evenire, quale hoc est, non est tale, ut fidem faciat, aut in iudiciis pro idoneo argumento admitti, & adversario nocere debeat. Traditum diserte in *L. neque*, *Cod. de prob.* Unde illud vulgatum omnium consensu receptum: Non probat hoc esse quod ab hoc contingit ut absit; sed minime admittendum in iudiciis & maxime iis in quibus de re gravi agitur, puta de falso ut in hac caussa, in quibus ius exigit certas probationes indubitatas & luce meridiana clariores, *L. ultim. C. de prob.*

Secundi argumenti de membrana & ligulis refutatio.

Dicunt membranam, & ligulas appensas recentiores esse, quam ut vetustæ existimari debeant. Atqui exemplum, in quod authenticum illud a Notario publico transcriptum est ante triginta annos & amplius, testatur authenticum illud pervetustum esse. Agnoscit enim notarius, qui exemplum confecit, authenticum ipsum, unde exemplum ducebat, tunc temporis fuisse cum id describebat; ut profecto, si annos authentici instrumenti ex exemplo æstimamus, non potuerint & membranæ, & literæ & ligulæ appensæ non
6 esse pervetustæ. Exemplo quidem non creditur in his, quæ tanquam ex authentico referuntur, in quibus placet ipsum authenticum proferri, & fidem ex eo peti debere, *authent. si quis in aliquo, C. de eden. leg. 2. D. de fid. Instrum* At quæ in exemplo de se affirmat Notarius, in his instrumento non minus creditur, quam cum in aliis authenticis aliquid de re affirmat; qualia sunt, cum declarat quis exemplum descripserit ex quo & quali authentico, quando & quibus præsentibus.

Sed esto, nullum tale exemplum proferatur, quod de authentico superiori testificetur: an putamus quod membrana authentici munda ad nos pervenit, idoneum argumentum esse, membranam esse recentem, non eam quæ tot annis retroversus esse potuerit? Nobis quidem nullum id argumentum esse videtur. Verum enim hoc esse experientia communis testatur, instrumenta quæ bona & bene parata membrana excepta sunt, cura & diligentia dominorum ita haberi posse, ut integra & velut semper nova in multos annos observari possint. Vel Mendelius ipse instrumenta alia quædam ad hanc caussam suam pertinentia, & ea præterea, de quorum fide non dubitatur, apud se habet ita integra & munda, ut ante annum scripta videri possint, instrumenta, quæ sæpe tractantur manibus, aut in locis patentibus ad fumum, aut solem, aut sordes domesticas sunt exposita, fieri non potest quin atterantur tempore, & aliquid vitii ex vetustate contrahant. At quæ semper seorsim habentur bene condita, & ad usus tantum necessarios asservantur, non mirum si veterem nitorem & formam suam in longissimum tempus retinent, aut parum de ea remittunt. Postremo tam multi tum illustres, tum præstantes in Republica viri hoc ipsum instrumentum antea, cum de his ipsis iuribus fieret Mendelio controversia, & viderunt, & diligentissime inspexerunt; nemo tamen unquam fuit, qui non lecto & inspecto diligentius instrumento, non restitueret id Mendelio, & sibi satisfactum esse declararet. Fecit hoc anno 1555. Wolfgangus Comes Palatinus, eo tempore vice Dominus Ambergæ. Fecere anno 1557. Assessores Electoralis Regiminis Ambergensis, idem Regimen anno subsequente post 1558. per Dominum Christophorum Iacobum a Plassenburg Iudicem Provincialem, & Iohannem Steinhauserum, Quæstorem Ambergensem iussit significari Consiliariis Neoburgensibus Sultzbachii, se nomine Electoris, caussa cognita privilegia Mendeliorum, de quibus agitur, ut iusta approbasse. Rogare se Neoburgenses, ne quid contra decretum suum maturo consilio datum movere, & Mendelios in sua possessione turbare velint. Si talis fuit scriptura instrumenti, de quo quæritur, & talis membrana, qualis nunc arguitur, ut ex ipsa inspectione omnia hic nova videri debeant: Permirum nobis videtur (dicere enim liceat quod sentimus) hæc tam manifesta a dominis Assessoribus, qui nunc sunt Ambergæ, tam cito observata esse: a superioribus autem illis talibus & tam præstantibus viris, quibus neque mens,

Digitized by Google

neque studium inquirendi deerat, animadverti non potuisse, sed res ita habet. Viderunt & illi non minus, quale esset instrumentum, quod illis exhibebatur, sed nihil tale deprehenderunt in scriptura aut membrana instrumenti, unde necessario colligi posset instrumentum esse falsum, sicut qui nunc sunt Assessores Ambergæ superioribus rebus probari volunt.

Tertium argumentum de duabus faciebus, quibus continetur Instrumentum. Solutio.

OBiiciunt idem præterea instrumentum de quo agitur, non una facie membranæ comprehensum, sed ex utroque latere scriptum esse, hoc illi falsi quoque indicium esse volunt, quia sit factum contra communem Cancellariæ usum. Atqui hoc idem viderunt & animadverterunt superiores illi præstantes viri, quos modo diximus, quorum tamen nemo ista scripturæ forma motus est, ut eo minus instrumento tribueret. Et recte ea re moti non sunt adversus instrumentum. Quid enim ad substantiam instrumenti pertinet, utrum in membrana, an in charta scriptum sit, & in qua materia recipitur, utrum rei narratio una pagina contineatur, an duabus pluribusve. Fiunt de rebus
7 scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit, *L.* 4. *D. de fide instrument. L.* 4. *D. de pign.*

Sic autem per eas res potest probari, si vera sit & sincera rei gestæ narratio. Nam ubi veritas abest, ibi scriptura nihil
8 agit, valetque plus quod actum est quam quod scriptum est, *L.* 1. *L.* 3. *L.* 4. *C. plus val. quod agit. quam quod simul. con.* Quapropter veritas rei seu vera narratio, res est, quæ substantiam iusti instrumenti continet, ita fit, ut dum quid vere narretur in instrumento, utrum id expediatur una facie membranæ, an duabus explicetur, nihil ad substantiam & fidem rei gestæ pertineat; ac proinde utrum fiat nihil interfit, neque de veritate rei gestæ & probatione instrumenti quicquam mutet. Solent, fatemur, Notarii ut plurimum una facie instrumenta scribere, sed an idcirco facere coguntur? Nulla vero lex reperietur, quæ id exigat & satis caussæ est cur non exigatur, eo quod ad substantiam instrumenti & fidem rei gestæ id non pertinere modo ostendimus. Quod si hic nulla necessitas iuris est, quæ una pagina rem complecti cogat: fatendum est utrum una pagina an duabus pluribusve res scribatur, rem esse cuivis Notario & scriptori liberam: nec cum posterius hoc secutus fuerit, non ideo putandus sit ullo modo contra ius facere, multo minus eo colligatur, cum nihil prohibeat, quo minus hæc fiant & tamen qui faciat privatis de caussis adductus bona conscientia & sedulo faciat, contentus vera rerum narratione, & subscriptionibus & signis adhibitis, ad fidem rei gestæ adstruendam usitatis. Quæ cogitatio multum abest a falsi suspicione. Quod si hæc sine falso esse possunt, non profecto ex his recte colligitur falsum, quod ab illis factis abesse potuit, iuxta illud vulgare dictum, quod & paulo ante retulimus: Non probat hoc esse, quod ab hoc contingit, ut absit, sumptum ex *d. L. neque natales, C. de prob.*

Atque hæc omnia de iure recte responsa sunt. Quod si placet etiam in istis, quæ obiiciuntur indulgere suspicionibus, & certare coniecturis incertis, nec quicquam firmi habentibus, non defugimus ne hanc quidem arenam, atque hoc contendimus ex superioribus factis, quæ obiiciuntur, multo probabilius colligi bonam fidem scribentis, & mentem a falsi meditatione alienam, quam falsi machinationem probari. Scimus enim quo animo sint, qui falsi aliquid in instrumento moliuntur, quia enim in falso deprehendi metuunt, dant studiose omnem operam, ne qua ratione falsum suboleat, nec quicquam satis caute se agere putant, dum id agunt, ut suspicionem falsi a se amoveant. Itaque quam accuratissime fieri potest curant, ut omnia ad veri imitationem composita esse videantur. Quid ergo hic faceret, qui falsum instrumentum illud legentibus probare conaretur, siquidem superiora ad fidem instrumenti pertinerent? Primum quæreret membranam pervetetem, quæ annos inscriptos non emetiretur, aut curaret ita eam tractari, ut vetus videri posset, quod factu facile fuit. Deinde imitaretur veteres characteres, quod non fuit difficile. Postremo totum instrumentum una parte scribendum curaret. Quid enim eo facilius? Nihil horum ille fecit, qui instrumentum conficiendum curavit. Profecto igitur nihil in his falsi metuit, & quia non curavit tegere, ne falsi quidem quidquam cogitasse existimandus est. Hæc, inquam, ex superioribus collectio esse debuit, siquidem coniecturis hic certaretur, non argumentis necessariis & iure certo. Nunc cum utroque modo obtineamus, nihil hic falsum

sum admissum videri, & si superiora quæ obiiciuntur ita esse, ut obiiciuntur concederemus, nihil est quod in his refutandis amplius laboremus. Itaque ad reliqua obiecta pergemus.

Quarti argumenti refutatio, de inconvenienti sigillorum appensione.

EX quibus illud est penultimum, quod dicunt iidem domini Assessores, sigilla non iusto ordine & legitimo modo esse instrumento ei, de quo agitur, appensa. Quanvis enim nomen Marchionis primo loco scriptum sit, quod nec idoneo nec legitimo titulo factum dicunt: tamen Palatini sigillum primo loco positum est. Hic duo dicimus. Primum etsi ordinem horum sigillorum inversum esse concederemus, tamen nihil hoc ad substantiam rei gestæ, ac proinde instrumenti pertinere, quoniam liceat convertere ordinem scripturæ & rei gestæ; ut nihilominus valeat quod scriptum est, præterquam in filii exhereditati substitutione; quem placuit ita scribi oportere, ut pater sibi prius heredem scribere debeat, deinde filio exheredato substituere, & non convertere ordinem scripturæ. Cæterum filio instituto, valere institutionem, licet pater conversa scriptura filio testamentum fecerit, *L. 2. §. prius D. de vulg. & pup. subst.* sed maxime id observatur in signis, quæ instrumento testificandi gratia apponuntur, quorum unumquodque ut se obtulerit primum, ita primo loco subiicitur. Nam ordo signorum ad fidem augendam aut minuendam quid facit, dummodo ea signa adhibeantur, quæ oportet & quod oportet? Alterum est etiam quod hic respondeamus in instrumento, de quo agitur, signa dici posse converso ordine posita esse, & eadem rursum posita recto ordine, prout est scilicet ea facies membranæ, qua spectatur, si anteriorem eius faciem spectamus, ab ea parte signa dici possunt conversa, sin spectamus posteriorem cui signa subiecta sunt, omnino reperientur signa recto ordine collocata. At hanc spectavit Notarius, cum in eam deiiit.

Quinti argumenti solutio, Sigilla pervetera; membranam recentiorem esse.

OBiiciunt postremo, quæ nihilo plus firmitatis habent ad instrumentum falsi arguendum, quam superiora; expendunt signa seu sigilla ei instrumento appensa, in his spectari hæc vitia.

Primum ea pervetera esse, cum membrana instrumenti sit multo recentior.

Secundo ligulas pensiles, ex quibus capsulæ signorum pendent, non fuisse per ceram sigillorum traductas. Tertio ipsa signa per se vetusta, fuisse quibusdam in locis recenti cera illita. Faciamus hæc omnia vera esse, aut talia videri, quid est in his ex quo necessario colligatur instrumentum falsum existimari debere. Atqui tales probationes in accusatione falsi exigimus, quæ aperte & indubitate id convincunt, probationes denique luce meridiana clariores, ut est in *d. L. ultim. Cod. de probat.* Quales ergo sunt istæ? Vix etiam in speciem probabiles. Signa fuerunt vetusta: Nempe, quia & instrumentum vetustum fuit, adfuerunt vetustiora quam membrana instrumenti? Negamus. Ita videri potuerunt, sed non idcirco necesse est ita esse; quia cera non tam facile, nec tam diu colorem vel nitorem suum retinet, quam membrana: certe non quævis cera.

Non negamus interdum contra evenire, ut ceræ quædam magis adscititium colorem retineant, quam nativum membrana, sed quod aliquando fit, non continuo semper accidit. Ita qui ex eo, quod aliquid fit aliquando, colligit id ita perpetuo fieri; is & in ratione differendi aperte labitur, & experientia ipsa rerum non minus aperte convincitur: idque ita esse, ut nunc dicimus, illustres illi & præstantes viri, quos supra commemoravimus, qui & ipsi hoc instrumentum viderunt, & diligenter excusserunt, illi, inquam, iudicasse rem ita se habere, facile declararunt, qui instrumento lecto & explorato id comprobantes in eo acquieverunt.

Quod autem de ligulis pensilibus dicitur, quid ad probationem falsi pertinet? Non fuerunt illæ per ceram traiectæ, sed tantum ceræ adiunctæ, ut cera his imposita ligulis cohæreret. Concedamus ita esse, num ideo vitiosum aut falsum instrumentum? Neutrum. Id vitiat instrumentum, si quid ad substantiam eius pertinet, & id omissum est. Id falsum arguit, si, quod pertinet ad probatio-

nem & fidem certam, id dicitur ementitum: ut si falsa sigilla, quæ Principis non erant, pro sigillis Principis apponantur: at ut ligulæ traiiciantur per ceram ad substantiam instrumenti nihil pertinet. Non enim in ligulis istis sita est probatio authentici instrumenti, sed in solis signis Principum, quæ ceræ imponuntur; ut quandiu hæc apparebunt instrumento appensa, tamdiu certum sit vim & fidem publicam instrumento constare. Quis ergo usus harum ligularum? Non alius, quam ut ceræ adiuncta sigilla sibi devincta retineant: ut dici possit sigilla esse propria eius instrumenti, unde ligulæ pendent & cui adhærent. Dum ergo hic usus retineatur, quocunque modo id fiat satis est: atque duobus modis ea signa per ligulas pensiles instrumento annecti possunt ita ut sigilla utroque modo appensa esse constet, vel ut ligulæ per ceram traiectæ sint, quo certius sigilla hæreant, vel ut ceræ ita adiungantur extrinsecus, ut non minus a ligulis teneantur. Quapropter utrum horum fiat ad probationem signorum instrumento conciliandam nihil interest.

De falso in signis quæ rupta sunt.

Atque hæc de vitio, quod obiici posset in signis. De falso autem admisso in signis quid dicunt? Non negant vera esse signa, sed ut significent signa videri ex alio instrumento veteri transumpta, dicunt sigilla fuisse pervetusta, & ut dolum in his agnoscere liceat, dicunt ea non fuisse integra, sed quibusdam in locis cera illita. Hic vero petimus officiose ab eorum amplitudine, ut, nobis liceat ipsorum bona venia, quod sentimus hoc loco, dicere, comparatum non ad cuiusquam sugillationem, sed ad fidem consultationis susceptæ necessarium. Referimus igitur ex adverso, cum vitium falsi sigillis integris ex facie eorum externa cognosci non ab omnibus posset, ut ipsi se agnovisse dicunt, debuisse illos integra sigilla relinquere, & ea ad iudicium futurum reservare, ut Mendeliis iura sua sibi vendicantibus instrumentum apud iudicem proferretur; ibi de falso eius publice cognosceretur servata defensione sua his ad quos instrumentum pertinebat. Nunc cum domini iudices hoc sibi sumpserint, ut signa resignarent, eaque corrumperent, fieri dicimus, revera non aliam vim id habere, quam ut Mendeliis probatio, quæ
ex eo instrumento parata erat, adimeretur. Facilius enim falsum cognosci potuit signis integris, quam ruptis. Integra enim seipsa ostendunt qualia sint: His ruptis non potest intelligi, qualia prius fuerint: ita quæ probatio poterat esse Gabrieli Mendello signis integris, corruptis ea adimitur, siquidem ex solis corruptis indicium fieri oporteat. Nam in ruptis mutari pristinam faciem quis ignorat. Quod cum facto dominorum iudicum acciderit: iure contendimus id Mendelio nocere non debere, sed his potius a quibus id factum natum est. Certa enim & rata iuris principia sunt hæc: Alteri per alterum non 10
debere iniquam conditionem inferri, *L. non debet alteri D. de regul. iur.* Item factum cuique suum, non adversario nocere debere, *L. factum cuique D. eod.*

Dicent se iure & ex officio fecisse, quod signa ita aperuerint, ut quid esset etiam interni vitii ad tuendum ius Principis cognosceretur. Nos iterum officiose petimus, ut benigne & placide accipiant, quod pro iusta defensione afferimus. Putamus vero non modo illos ex officio superius non fecisse, sed plane contra officium, non sine certa iniuria Mendelii, cui instrumentum, ut prius fuerat, reddi non potest. Nam qui ruperunt: aut fecerunt tanquam partes nomine Principis, aut tanquam iudices: si tanquam partes, fecerunt adversus ius manifestum & omnem æquitatis rationem, ut in caussa sua invito adversario ius sibi dicerent: de quo ita cautum est in *L. unica, Cod. ne quis in sua caussa.* Generali lege decer- 11
nimus, neminem sibi esse iudicem, vel sibi ius dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est alicui potestatem tribuere sententiæ. Ergo iniquum multo magis cuiquam in re sua ius tribuere executionis, quod hi sibi sumpserunt, qui ruperunt signa, ut ea aperirent. Nec eo minus caussa & res eorum putanda est, quod principale commodum huius caussæ ad principem pertinet, cuius res procurant: ipsorum enim caussa esse cœpit pro officio administrationis, postquam eam in se susceperunt, & Principis nomine agunt; sic enim omissæ rectæ defensionis incommodum, res bene gesta & laus administrationis, & incommodi vitium ad eos pertinet. Propriam autem caussam cuiuf- 12
que definimus eam, cuius commodum aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria D. quando appel. sit.* Nec interest, utrum pertineat principaliter, an per consequentiam officii administrationis susceptæ. Unde cau-

tum

tum est, ut nec patroni in caussa, cui patrocinium praestant aut praestiterunt, testimonium dicant, placetque in executionibus negociorum idem observandum. *L. ult. D. de testib.* Non alia id quidem de caussa, quam quod caussae actio ad eorum existimationem pertinet, ne videantur malam caussam suscepisse, aut falsum testimonium ei tribuisse, in quo res eorum agi-
14 tur. Nullus autem in re sua idoneus testis, *L. nullus D. de testib.* multo minus idoneus iudex. *L. Iulianus ait*, 17. *D. de iudic.* Quod si tanquam iudices signa ruperunt: fateri cogentur se hic multo magis
15 adversus officium iudicum fecisse. Est enim iudicis in quavis lite, nedum in caussa gravi, qualis est haec, in qua quaestio falsi vertitur, non incipere ab executione, ut hic factum est: sed caussam cognoscere diligenter prius; partes, ad quas res pertinet, audire; his caussae agendae, & sui defendendi potestatem facere; sic denique caussa cognita de re pronunciare & iudicare. *L. 1. C. de exec. rei iud. L. neg. Cod. de oblig. & act. L. iudices. C. de iudic.* Qui secus facit, is & laedit officium boni iudicis, & adversus formam atque ordinem iudiciorum committens, incidit in eas constitutiones quae huiusmodi iudicia & sententias nullius momenti esse iubent, etiamsi iudicarit Praeses provinciae. *L. prolatam C. de sent. & inter.* Quod cum ita sit, iure videtur Gabriel Mendelius adversus eos, qui signa instrumenti sui ruperunt, sic agere posse. Reddite domini instrumentum meum integrum quale bona fide a me exhibitum, a me accepistis: Reddite signa integra, ut prius, ac deinde de falso, si videtur, apud idoneos iudices cognoscatur, apud quos sit mihi instrumenti defendendi copia. Quod si integra reddere non poteftis, nolite factum vestrum ad iniuriam nostram convertere, sed potius id vobis noceat, atque hoc modo instrumentum in suo statu maneat, donec de falso aliter probaveritis. Haec, inquam, in hac caussa Mendelii petitio honesta & iusta esse posse & debere nobis videtur. Primum, quia ut iam diximus, non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, & factum cuique suum non adversario nocere debet, *d. L. factum cuique D. de reg. iur.* Deinde, quia omnium consensu receptum est, semper standum esse instrumento, praesertim publico, nisi contra probetur, qualem probationem in superioribus nullam esse satis ostendisse videmur.

Transitio ad alteram partem propositionis, videlicet praescriptionem longissimi temporis.

Atque haec de concessione superiorum iurium a nobis dicta sunt, quae ut concederemus nulla esse, quod non concedimus: Tamen est altera eorum omnium acquirendorum caussa, quam nulla res potest Gabrieli Mendelio eripere. Ea est praescriptio longissimi temporis, de qua iam dicemus. Possederunt Mendelii iura ea, de quibus agitur per innumeros annos, amplius quam centum. Proinde per id tempus cuius initium dicatur excedere hominum memoriam, aut si quid dicere volumus, quod certo & liquido affirmare potest: usus est Gabriel Mendelius illarum rerum iure amplius quam per triginta annos continenter & sine interruptione, iusto titulo praecedente & bona fide, scientibus etiam & consentientibus Illustrissimis Principibus, ad quos ea res pertinebat: quae omnia in quem concurrunt, nemo dubitat, quin is rem ita possessam, quanvis longo solum tempore possessam, praescriptione longi temporis suam faciat. Quanto igitur magis hoc ius Mendelius, qui id longissimo tempore, nempe ultra triginta annos possedit; Sed de his distinctius paulo & separatim agemus.

In usucapione duo haec spectanda sunt: 16
Res quae usucapitur, & usucapiendi modus. Res de quibus hic agitur, sunt ea iura, quae commemoravimus, res nimirum incorporales. Certi iuris est, ut res corporales usucapi & praescriptione longi temporis acquiri possunt, sic posse & incorporales, ut usumfructum, usum, & servitutes praediorum, *L. ult. C. de praes. long. temp. L. si quis diutur. D. si serv. vind. L. 1. L. 2. Cod. de ser. & ag.* possunt igitur & iura superiora. Nec quidquam hac de re mutat, quod haec iura Principum sunt: Nam non eo minus privata esse Principum, ex eo potest intelligi, quod ab illis vendi & honoris caussa in alium transferri possunt. Quod si his modis alienari possunt, possunt & adversus eum usucapi, quia alienationis species est usucapio, *L. alienationis, D. de verb. sig.*

Iam usucapiendi modus hic est legibus certis definitus, ut possidendo quisque rem immobilem aut rem corporalem eam usu suam faciat, seu praescriptione longi temporis acquirat, si eam rem possederit, si possederit per statutum tempus, id est, decem annos inter praesentes, & viginti inter

inter absentes, si possederit per tot annos continuenter, & sine interruptione, si iniusto titulo præcedente & bona fide; ius de usucapione, & longi temporis præscriptione comprehensum dilucide, *Inst. de usuc.* in princip. *L. omnia, C. de usucap. transfer. L. 2. L. sup. C. de præsc. long. temp.* Nihil ex his omnibus reperietur deesse Gabrieli Mendelio ad iustam & plenam iurium superiorum, de quibus agitur, præscriptionem. Quæritur in his possessio. Hanc Mendeliis omnes, ut putamus, concedunt. Certe constat usos eos superioribus rebus assidue, tanquam ad se pertinentibus per annos innumeros, scientibus adeo atque patientibus his principibus, ad quos res pertinebat: de quo tamen ne dubitetur, mox amplius probabitur. Nunc satis est intelligi, si superiore omni iure tanquam ad se pertinente usi sunt: eos iura ea possedisse, quo modo hujusmodi res possideri ad iustam præscriptionem possunt. Vere enim possideri res incorporales non possunt, cum cerni & tangi non possint, eoque nec proprie usucapi *L. servus, §. incorporales, D. de adquir. rer. dom. L. 3.* in princ. *D. de adquir. poss. L. servitutes, D. de servit.* At usus earum pro possessione est, *L. ult. D. de servit. L.* in fin. *D. de serv. rustic. præd.* Quæ res facit, ut quemadmodum quasi possidentur, ita longo usu & longa quasi possessione acquirantur, *L. si quis diuturno, D. si serv. vind.* Restat ergo ut de hoc usu & longa quasi possessione cognoscamus, & simul cum hoc usu diuturnitatem & continuationem eius possessionis coniungamus; quæ omnia eadem probatione continentur.

Explicat actus complures, quibus probatur possessio, & longissimi temporis præscriptio.

USi vero sunt Mendelii suis illis iuribus ultra centum annos, & hic ipse Gabriel Mendelius usus est per longissimum tempus triginta annorum, & eo amplius, quod solum nunc urgebimus. Libenter enim omittimus in præsentia dicere universos Mendelios in possessione huius iuris fuisse amplius quam centum annos. Quia etsi vere hoc dici potest habet tamen difficiliorem indagationem & probationem, qua nihil necesse est nunc iudicium onerare. Tantum hoc sumemus quod minus abest a memoria nostra, & nihilominus æque valet ad præscriptionem; certis autem & evidentibus testimonils tenetur. Dicimus inquam Gabrielem Mendelium amplius quam triginta annos superioribus iuribus tanquam suis libere usum esse, nec vi nec clam, nec precario, non modo scientibus iis Principibus ad quos res pertinebat, sed etiam consentientibus & ius Mendeliorum tale esse agnoscentibus, idque his rebus demonstratur.

Primum vivunt adhuc honesti homines testes idonei, quorum alii 80. annum, alii 70. excesserunt, qui testari possunt Gabrielem Mendelium etiam ante triginta annos in possessione & exercitio superiorum iurium fuisse.

Secundo anno 1527. Comites Palatini Otto Henricus & Philippus fratres, ad quos dominatus Parckstein pertinebat, a Leonhardo Kreckendorffer scriba provinciali Weidensium, per literas certiores fieri voluerunt, quo iure Gabriel Mendelius in possessione, & exercitio venationis sit. Agnoscunt ergo iam tum Illustrissimi Principes Mendelium fuisse in possessione eius iuris, etsi dubitant, iure id usurparet Mendelius an iniuria, ac de ea possessione nunc quæritur, quo iure autem possederit, post dicemus. Ad superius mandatum respondit scriba quod magis hanc possessionem atque usum confirmaret: Nempe Mendeliorum maiores in hoc loco venatum ivisse, & semper feras cepisse eodem modo, quo etiam præfectus in Parckstein eo iure uteretur. An autem hoc exercitium certo iure & privilegio aliquo, an consuetudine tantum & longo usu obtinuerint, se nescire.

Non ita multo post, Anno 1532. Georgius Landgravius in Läucbtenbegr clementer petit per literas a Fabiano & Hyeronimo Mendeliis dent operam ut gallos sylvestres, bonosas, perdices, & huius generis aves alias ad festum Pascbatis habere possit; venandi scilicet ius illis tribuens, quo illos uti sciebat; alioqui non rogaturus sibi ab illis mitti, quod illos præstare non posse non ignoraret.

Secutus est annus 1555. quo Anno Mendeliis fratribus adhuc in communione beneficiorum iuris & possessionis rerum manentibus, Præfecti dominatus Parckstein litem illis de iure venationis movere cœperunt, quo tempore Wolfgangus Comes Palatinus, tum vice dominus Ambergæ, partes suas interposuit ut litem componeret. Quam ad rem cum statuisset de iure Mendeliorum cognoscere, oblatæ sunt ei eædem illæ literæ, de quibus est controversia. Quibus lectis, statim curavit eas

red-

Digitized by Google

reddi Mendeliis, & iussit his significari abunde sibi esse satisfactum, nec vel se pati ut amplius illi in sua possessione turbentur. Quo confirmavit non tantum ius venationis, de quo mota lis erat, sed etiam reliqua iura Mendelii, quæ eodem instrumento continentur.

Ecce etiam anno 1557. Consiliarii & Assessores Electoralis Regiminis Ambergensis Iudici provinciali in Parckstein, in hanc sententiam scribunt; postquam Privilegia Mendeliorum in originalibus recognoverint, mandare se serio ne Præfecti provinciales vim faciant, quo minus Mendelii iuribus suis libere utantur, ut & antea usi sunt.

Etiam anno insequenti post, qui fuit annus 1558. ab eodem Regimine per D. Christophorum Iacobum a Plassenberg Iudicem provincialem, & Iohannem Steinhausern. Quæstorem Ambergensem significatum est idem Consiliariis Neoburgensibus Sulzbachi in hanc sententiam, se nomine Electoris caussa cognita privilegia Mendeliorum, & inter cætera possessionem & exercitium venationis ut iusta approbasse, rogare se Neoburgenses, nequid contra Decretum maturo consilio datum movere, aut Mendelios in sua possessione turbare velint, ab eo tempore Gabriel Mendelius in sua possessione sine cuiusquam interpellatione mansit ad annum usque qui proxime præcessit, idest ad annum 1588. intra quod spatium, ut facile est annos numerare, intercesserunt amplius quam triginta anni.

Accessit ad hæc omnia anno 1564. transactio certa facta inter Gabrielem Mendelium & fratres ac patrueles eius ad redemptionem prædii Steinfels, & ius in id succedendi pertinens, qua declaratur Gabrielem Mendelium in possessione & exercitio superiorum iurium fuisse, quæ omnia iura specialiter commemorata sunt in venditione eius prædii, quæ inter eos intervenerat anno 1558. & præterea in alia quadam transactione inter Hyeronimum & Fabianum interposita anno 1532. Hæ autem transactiones & venditio superior iudicio & consensu ac publico etiam testimonio a Consiliariis Ambergensibus per omnia comprobatæ, & apposito sigillo Principis ad futuram memoriam, & cautionem testatæ sunt anno 1564.

Etiam anno 1588. amplius Mendeliis eadem possessio præcedentium annorum non solum agnita, sed etiam confirmata est ab his, a quibus maxime debuit ac potuit. Nam & Fridericus Comes Palatinus in Salicetis Mendelo iuris venandi controversiam facere instituit. Sed ut primum Illustrissimus Princeps literas illas ipsas, de quibus domini Assessores Ambergenses nunc litem monent, & alias de iure Mendeliorum legit & cognovit, in his acquiescens, statim Mendeliis restituendas curavit.

Quæ cum tam aperta, tamque illustria & tantorum virorum de eadem re testimonia sint, neminem dubitaturum arbitramur, quin Mendeliorum possessio, & ea plus quam longissimi temporis, eademque continua in iuribus superioribus, de quibus agitur, abunde atque adeo supra quam satis est, probata sit.

Defensio tituli bonæ fidei possessionis, quæ in præscriptione requiruntur.

Quod superest de titulo & bona fide Gabrielis Mendelii in præscriptione superiorum iurium acquirenda videamus. Titulum huius possessionis idoneum domini Assessores requirunt. Hic duo respondemus. Primum contendimus in hac præscriptione, de qua agitur, titulo opus non esse, neque hic rem incerti iuris dicimus. Nam illud omnium interpretum consensu receptum est, cum de re incorporali in iure consistente, per usum & longam possessionem acquirenda agitur, titulum præcedentem ad præscriptionem non requiri, dummodo qui usus est, nec vi, nec clam, nec precario usus sit, id est dum sciente eo, ad quem res pertinet, & patiente sit usus. De qua sententia ne dubitemus, ea multis locis diserte testata, ut *L. si quis diuturno, D. si servit. vindicat. L. 1. §. ultim. D. de aqu. plu. arc. L. 1. L. 2. C. de ser. & aqua.* sunt hi quidem loci de servitute per usum acquirenda scripti, sed cur ad alias res incorporales eodem modo acquirendas non pertineant, ratio reddi non potest. Pertinebunt igitur, ut in quibus caussis eadem ratio est, in his idem ius statuatur, *L. a Titio. 108. D. de verb. obl. L. illud. D. ad L. Aquil.* Quo admisso satis Mendelius sine ullo alio titulo in iuribus superioribus acquirendis sua illa possessione quam diximus, defenditur; quippe qui eo iure usus sit, non modo non clam his principibus aut Consiliariis & Iudicibus Principum ad quos ea iura, aut eorum cura pertinebat; sed etiam usus sit, & scientibus omnibus, & palam atque aperte consentientibus & approbantibus; atque hæc ita sunt, etsi de

præ-

Digitized by Google

præscriptione longi temporis tantum ageretur. Nunc autem agitur de præscriptione longissimi temporis 30. annorum; in quo genere constitutiones notæ sunt, quæ vetant titulum aut bonam fidem requiri, sed possessionem ipsam tam diuturnam pro omni titulo & defensione esse volunt: hæ sunt, *L. sicut*, *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Verumtamen, nequid hic adversarii desiderent, auctarii vice hoc addemus, etiam iustum titulum possessionis Mendelio ad præscriptionem superiorum iurium abunde suppetere. Quem igitur? titulum, Pro herede, quem iam olim nactus Mendelius, exinde amplios, quam per 30. annos in possessione horum iurium perstitit. Quod ut intelligatur, subiicienda est nobis animo ea definitio, quæ de hoc titulo extat, *in L.* 3. *D. pro hered.* Ea sic habet; plerique putaverunt, si heres sum, & putem rem aliquam ex hereditate esse quæ non sit; posse me usucapere. De qua sententia ne quis ut ancipiti dubitet, sic reputet apud se non alium iustiorem titulum esse rerum acquirendarum, quam titulum pro herede, si quis modo vere sit heres. Nam heres simul atque heres factus est, succedit in omne ius defuncti, ac non tantum in dominium rerum hereditariarum, *L. heres in omne*, *D. de acquir. her. L. cum hæredes. D. de acquir. poss.* Quibus igitur in rebus acquirendis hic titulus iustus est? nempe in hereditariis ut statim heredi acquirantur. in non hereditariis autem, quæ hereditariæ putantur, aut quæ statim acquiri non potuerunt, præstat in his usucapiendi conditionem, sicut accidit in omnibus rebus ex aliqua iusta caussa traditis, *L. clavibus*, *D. de contrah. empt.* Atqui Gabriel Mendelius maiorum suorum vere est heres, quorum in hereditate invenit iura superiora, quæ maiorum esse ac proinde esse hereditaria putavit. Esto igitur non fuerint maiorum, eoque nec hereditaria; tamen eiusmodi erunt, ut quia tanquam hereditaria possessa sunt, usucapi & longo tempore acquiri potuerint iusto titulo præcedente pro hærede. Est sane interdum cum dicatur pro herede possidere, qui contrario modo possidet, id est, qui cum hæres non sit, possideat rem vere hereditariam quasi heres, quomodo accipitur in petitione hereditatis: cum ea petitio dicitur dari vero heredi adversus eum, qui pro herede prove possessore possidet, *L. regulariter*, 9. *L. pro herede*. 11. *D. de her. pet.* Quo sensu recte dicitur pro herede usucapionem locum non habere, *L.* 1. *L.* 3. *C. pro her.* ut enim pro donato, pro legato, pro dote usucapi nihil potest, ubi vere donatio, legatum, aut dos nulla est. *L. Cels. D. de usur. & usucap.* ita nec pro herede quisquam, ubi vero heres non est. Nunc de eo qui vere est, loquimur, & rem non hereditariam tanquam hereditariam possidet. Quod Gabrieli Mendelio in his iuribus accidit: iusto igitur titulo hæc iura ille possedit, onde & ita possessa usu acquisiit.

Quod ad bonam fidem eius attinet, quam in usu horum iurium requirimus, etsi ea in præscriptione longissimi temporis 30. annorum non requiritur, *d. L. sicut*, *L. omnes*, *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *anno.* tamen ut concederemus requiri, non ideo esset quod in ea probanda valde laboremus, propterea quod iore ita receptum sit ut nemo qui se dicit bona fide possedisse seu putasse rem ad se pertinere id probare cogatur. Nam alioqui quomodo de sensu animi interiore & nulli noto nisi Deo, & ipsi qui dicit, possit docere aut ullis argumentis persuadere se vero putasse quæ dicit? Sed ab adversario qui dicit, rem non bona fide possessam, probatio huius obiectionis exigitur. Prius diserte probatur in *L. pen. C. de evict.* Posterius probari intelligimus eo quod dicitur, ab eo qui dolo dicit factum aliquid licet in exceptione, dolum probari debere, *L. quoties*, §. 1. *D. de prob.* Nam qui dicit possessorem mala fide possedisse, nihil aliud dicit quam possedisse eum dolo, cum sciret rem ad eum non pertinere. Omninoque hæc idem valent: Possidere rem, quam scias ad te non pertinere, id est, mala fide; & possidere dolo malo, *L. sed etsi lege*. §. 1. §. *de eo*. §. *si ante*. *D. de hered. pet.* Sed ne hic quoque quicquam dubii relinquatur, quod suspicione malæ fidei vel tenui Mendelium aspergat, quam multa occurrunt in hac caussa, quæ bonam fidem eius arguant. Heres est maiorum suorum, quos noverat longa annorum serie superioribus rebus & privilegiis suo iure usos esse: quid aliud existimare potuit, quam & se in hoc ius successisse? Confirmarunt eum efficacissime in ea opinione instrumenta, quæ superiora iura maioribus constituerunt. Demus falsa esse. At vera esse existimavit, cum a maioribus accepisset; nec quicquam haberet, cur deberet falsa esse suspicari. Qui enim 17
in alterius locum succedunt, iustam habent ignorantiæ caussam. *L. qui in alterius*. *D. de reg. iur.*

Acces-

Accesserunt extrinsecus iudicia Illustrissimorum Principum & aliorum praestantium virorum tot & tam multa, quibus sententia sua iura illa confirmarunt & quidem caussa cognita. Hanc ipsam etiam bonam fidem non semel factis suis fratres declararunt. Primum in divisione bonorum paternorum, quae inter Iohannem, Hieronymum & Fabianum eorumque sorores facta est anno 1513. Qui inter se ita bona diviserunt, ut reliquis bonis aequaliter inter eos divisis, sorores omnem muliebrem ornatum, fratres omnis generis arma & retia, atque omnia venatoria instrumenta sibi haberent, quod certe facturi fratres non erant, si de iure venandi dubitassent; ne forte quandoque postea iterum omnium instrumentorum ad venationem pertinentium damnum sentirent, iure venandi ademto.

Secuta est etiam deinde transactio inter Hieronymum & Fabianum Mendelios anno 1535. quae eamdem bonam fidem fratrum in hoc iure declararet. Nam illi transactione inita ita inter se caverunt, ut singuli venatoria instrumenta pro dimidia parte haberent, his uterentur & fruerentur: quae utique homines nisi in re quam suam putent, facere non solent.

Quae cum ita se habeant: apparet verum esse, quod supra diximus, omnia in hac caussa concurrere, quae praescriptionem iurium superiorum Gabrieli Mendelio prolixe tribuant; iura haec ita illius faciant, ut quamvis omnis alia concessio & omnis alia acquirendi caussa deesset: tamen abunde praescriptio haec sufficiat quo & iure ea possidens sibi defendat, & amittens adversus quoscunque turbatores & possessores iure optimo persequi & vindicare possit.

Disputat, Utrum nocere possit Mendelio, usus huius instrumenti, etiamsi falsum.

Nisi forte hoc illi adhuc obstare in hac caussa quis existimat, quod instrumento eo usus est, quod falsum a dominis Assessoribus esse dicitur. Nam & de eo consulti sumus: nos vero hic quicquam Mendelio obstare posse aut debere non putamus. Obesse ei instrumentum superius posset, si duo concurrerent, ut & instrumentum falsum esset, & qui utitur, sciens, non per errorem falso uteretur. Alterum si deest: non potest nocere. Illud quidem expeditum est, non posse instrumentum nocere, ut falsum quod falsum non sit: sed hoc amplius, etiam illud certi iuris est, etsi instrumentum proponatur, si quis tamen per errorem eo utatur, quasi verum sit, cum nihil aliud de falso compertum habeat, solum hunc usum impunitum esse, nec crimine falsi teneri, *L. Divus*, 31. in fin. *D. ad leg. Cornel. de fals. leg. nec exemplum. C. eod.* quod & Bartolus recte scripsit ad legem. *Si adversarius, C. de fid. instrum.* Atqui in hac caussa neque falsum instrumentum est, quo Mendelius utitur; nec si falsum instrumentum sit: dolo malo utitur eo, sed per iustissimum errorem; falsum non esse instrumentum tam diu necesse est videri, quamdiu falsum non probetur. Illud enim principium semper tenebimus. Tamdiu instrumento standum, donec contra probetur, *L. cum precibus, C. de probat.*

Porro nihil afferri, quo falsum esse doceatur, satis supra demonstrasse videmur: qua fit ut etiam nunc tanquam verum non tanquam falsum haberi debeat. De errore autem & bona fide Mendelii in usu eius instrumenti, quanvis quis falsi id esse concederet, quis est qui possit dubitare? Accepit, ut diximus, Gabriel Mendelius id instrumentum a maioribus, quia in hereditate & bonis eorum reperit. Quomodo scire possit instrumentum esse falsum, qui uti in facto alieno, iustum nec ne sit, iustam ignorantiae caussam habet, *L. qui in alter. D. de reg. iur.* quas vero & quantas caussas habet, cur verum instrumentum esse existimat? Recognoverunt hoc instrumentum Illustrissimi Principis sapientes in Republica viri, & hi ad quos non minus cognoscendi cura pertinebat, quam ad dominos Assessores Ambergenses, qui nunc sunt. Omnes instrumento lecto & cognito, non modo id tanquam falsum non reiecerunt, sed etiam ut verum comprobarunt..

Miramur Gabrielem Mendelium existimasse verum esse instrumentum, quod tam multi & tales etiam in re aliena verum esse, caussa etiam cognita & quidem adversus se iudicarunt? Denique an instrumentum falsum sit nec ne res facti est: & si quis in eo errat, in facto errat. Certum est autem nemini facti ignorantiam nisi supinam nocere, *L. pen. in pri. L. 4. L. 6. D. de iuris & facti. igno.* Nempe, quia facta & eorum interpretatio ita est, ut etsi 18
vera sint, tamen prudentissimos falliant, *L. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Vel in

hac ipsa caussa quid acciderit Illustrissimis Principibus & prudentissimis atque in negociis civilibus exercitatissimis iuris videmus qui cum instrumentum, de quo agitur, cognoscendum suscepissent, ac pro fide & religione debita, quam diligentissime excussissent & cognovissent; non modo in eo nihil falsi deprehenderunt, quo instrumentum reiicerent, sed omnes sententia sua instrumentum comprobarunt. Quod si prudentissimos & in Republica maxime versatos viros vitium illud falsi, si quod est, fugit; quanto minus mirum esse debet, si idem fefellit Gabrielem Mendelium hominem neque istarum rerum peritum, & a rebus ac negociis forensibus longe alienissimum.

Concludunt DD. Mendelio inconcussa manere debere iura supradicta ob caussas allegatas.

Maneant igitur Mendelio inconcussa iura, de quibus quæritur, quæ tot modis ad eum pertinere iure tam evidenter probatur. Neque huic noceat eius instrumenti usus quod neque falsum probatur: etsi falsum esset, non tamen eius malam fidem arguit, qui tam multas caussas habet non solum, cur id falsum esse ignoret, sed etiam cur verum esse existimet, nempe illas confirmationes Principum & consiliariorum, instrumenta venditionum & transactionum inter Mendelios interpositarum, quæ superiorum iurium & privilegiorum disertam enumerationem habenr, eorumque exercitium Mendeliis tribuunt, neque ea tanquam privatæ scripturæ, sed tanquam ea quæ omnia iudicio & sententia Regiminis Ambergensis sint confirmata & testata.

CLA-

Digitized by Google

CLARISSIMO ET EXCELLENTISSIMO IURISCONSULTO D. HUGONI DONELLO LEGUM IN ACADEMIA ALTORFIANA PROFESSORI PRIMARIO,

Consules Norimbergenses,

S.

Clarissime & ornatissime vir, Ambigitur in consilio nostro de firmitate seu robore testamenti cuiusdam, ab homine extraneo & forensi facti, qui nullo nec civitatis iure nec alia quavis ratione nobis subiectus erat, & facti quidem non secundum praescripta iuris communis, sed secundum ius speciale & privilegiatum civitatis nostrae: Et de appellatione ad consilium nostrum interposita a sententia Iudiciali pro confirmatione testamenti illius lata. Utrum ea de iure admitti possit aut debeat, necne: quemadmodum de facti specie, Excellentia tua ex pagella hisce inclusa prolixius cognoscet: Qua de re cum diversae Iurisperitorum nostrorum sint opiniones, tuae quoque Excellentiae sententiam utpote cui prae caeteris merito standum existimemus, super hac quaestione sciscitari operae pretium diximus. Itaque ab Excellentia tua etiam atque etiam petimus, ut quid sibi de quaestione proposita rectum, iurique consentaneum esse videtur, benigne ostendat. In eo rem fecerit Excellentia tua nobis apprime gratam, & omni vicissim studio ac benevolentia erga excellentiam tuam promerendam. Data 19. Octobr. Anno. 88.

Facti species de qua consultus D. Hugo Donellus.

Quidam hic Norimbergae condidit suum testamentum, qui neque civis neque incola neque iurisdictioni huius civitatis quoad munera vel alia quavis ratione subiectus, sed omnino extraneus & forensis fuit, & quidem casu huc veniens sanus corpore, neque ulla praecipiti circumventus necessitate, quae moram non pateretur. Idque testamentum non secundum ius commune coram septem testibus, sed secundum ius speciale, & quidem privilegiatum huius civitatis proprium; quodque personaliter de civibus & incolis tantum loquitur; & duobus testibus ex numero consilii maioris huius civitatis adhibitis, contra dispositionem iuris communis contentum est; ita tamen ut liberum cuique permittat etiam secundum ius commune, si ei ita visum fuerit, testari. Hoc itaque testamentum, conditum coram duobus testibus contra ius commune secundum ius speciale & privilegiatum huius civitatis in personas civium Incolarum directum, cuius tenor infra subiicitur, in iudicium vocatur & de nullitate impeditur ex istis rationibus.

I. Quia statutum loquens in personam non comprehendit non subditum & forensem: sicut enim statuta non comprehendunt forenses ut illis noceant: ita neque sit illis prosint.

II. Quia & alias beneficia & privilegia statutorum non extenduntur ad forenses. Et pro ista quidem sententia, quod sit iuri consona profert actor duarum celebrium Academiarum Lipsensis scilicet & Ingolstadiensis, duo consilia decisivè, quæ ambo contra testamentum pronunciant, præsupposito scilicet civitatis huius iure speciali & privilegiato & in personam directo. Sed his non attentis Iudices primæ instantiæ contrarium & pro testamento pronunciarunt. Ab ista sententia appellatur ad senatum.

Quæstio igitur est de appellatione recipienda, vel non.

Quod si appellatio reiiciatur, periculum est, ne caussa ad Cameram devolvatur non sine magno præiudicio Senatus, qui hactenus id operam dedit, ne lites ad tertiam instantiam excurrerent.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
RESPONSUM
AD
AMPLISSIMOS DOMINOS
CONSULES SENATUMQUE NORIMBERGENSEM

De quæstione ab ipsorum amplitudine proposita.

TEstamentum non secundum formam iuris communis factum ab eo, qui nec civis Norimbergensis erat, nec incola, quamvis secundum formam iuris Norimbergæ recepti, & civibus atque incolis eius civitatis specialiter & privilegio concessi factum sit, quin iure non valeat, dubitare non oportet. Testandi enim facultas non ut cuique testari visum est, libera concessa est, sed certis legibus & certa forma adstricta. Hanc formam mutare, & in eo iuri publico derogare nulli permissum. Cautum diserte in *L. testandi*, 13. *C. de testam.* Idipsum plane quod Papinianus intelligi voluit, cum definit testamenti factionem non privati, sed publici iuris esse, *L.* 3. *D. Qui testam. fac. poss.* Hoc enim sentit, si id quod de testamenti factione iure cautum est, privati iuris esset, id est, privati cuiusque caussa non iussum, sed permissum: potuisse unumquemque privatum ei renunciare & eo iure non uti, ut est lex omnium eorum, quæ pro nobis solum introducta sunt, *L. pen. C. de pact. L. si iudex D. de minoribus*. Nunc cum testamenti factio sit publici iuris, eveniet quod supra dixi de iis, quæ de hac factione iure cauta sunt, ut ab his recedere non liceat, quia hæ sententiæ iuris ratæ sunt: Iuri publico a privatis derogari non posse: Ius publicum privatorum voluntate mutari non posse: Legibus non esse refragandum: quæ omnes unum & idem exprimunt, *d. L. testandi C. de testan. L. ius publicum D. de pact. L. quod bonis* 15. §. 1. *D. ad L. Falc.* Nihil in proposito casu adversus ius comune iuvat testatorem statutum Norimbergense quo forma testandi iure communi quibusdam remittitur. Remittitur enim nominatim & specialiter civibus & incolis Norimbergensibus. Is autem de quo quæritur, proponitur non fuisse unquam civis Norimbergensis aut incola. Nihil igitur statutum ad eum, aut ad alios ullos extraneos pertinet. Neque hic exquisitis ad eam rem probandam, aut longe petitis argumentis opus est, multoque minus hic inducenda de vi & interpretatione statutorum, beneficiorum, privilegiorum non necessaria quæstio. Una sententia iuris certi omnem dubitationem hic eximet, ut quamvis fateremur, statutum Norimbergense superius legem esse publicam, & partem iuris communis: tamen intelligamus eam legem de iure publico & communi, quid remittentem ad alias personas non pertinere, quam quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt. Sic enim ius est de legibus posterioribus, etiam si sint principis & generales ac publicæ: Quicquid posteriore lege ius vetus innovante specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere traditum in *L. præcipimus*, *C. de appellat.* Esto igitur dicat aliquis, leges ad similes caussas & ad alias personas, in quibus eadem ratio sit, porrigi debere: ut definitio est, *L. neque leges*, & trium sequentium, *D. de legib.* In promptu semper erit responsio, id ad posteriores leges prioribus derogantes non pertinere ex sententia illa superiore. Et merito: nam cum lex prior

in omnibus suis partibus per se constiterit, nec, nisi abrogetur, desinat; necesse est, quibus in rebus aut personis nominatim abrogata non est, in his omnibus eam manentem suam vim & auctoritatem veterem tenere. Sed id tum maxime & sine ulla hæsitatione respondebimus, cum posterior lex scripta erit contra rationem & formam iuris communis, quale est superius statutum Norimbergense. Hic enim certi iuris regula traditur. Quod contra rationem iuris receptum est, non esse producendum ad consequentias, *L.* 14. ***quod vero***, ***D. de legib.*** Quare si prior iudex pro eo testamento, de quo quæritur, tanquam iure facto sententiam tulit, male iudicavit. Quam ob caussam iure ab ea sententia est appellatum. Quod si est, recte atque ordine facient Amplissimi domini Consules & senatus Norimbergensis, ad quos appellatum est, si appellationem recipient, quam etiamsi iniuste appellatum esset dum de eo aperte non constaret, in re dubia admittere debuerunt *L.* 1. in prin. ***D. de appellat.*** Nec solum appellationem recipient ut de ea cognoscant, sed etiam, cum talem esse cognoverint qualem dixi, non dubitabunt eam confirmantes pronunciare id quod faciendum esse in eiusmodi re ius præscribit, iuste nimirum appellatum esse, male iudicatum *L.* ***eos*** in pr. ***C. de appellat.***

Hugo Donellus respondi, scripsi Altorfii mea manu 23. Octob. CIↃ.IↃ.LXXXVIII.

Post Scripta.

UT quis in numero civium Norimbergensium non habeatur, nihil interest utrum nunquam civis Norimbergensis fuerit, an cum civis fuisset postea esse desierit, ut de cive Romano traditum est ***in §. Cum autem, Inst. Quib. mod. ius pat. potest. solv.*** Quare si is de cuius testamento agitur, civis Norimbergensis esse desiit atque eo statu personæ fuit, cum testamentum fecit: nihilo plus illi prodesse potest ad ius testandi civem Norimbergensem aliquando fuisse, quam si numquam antea fuisset. Atque is proponitur civitati Norimbergensi multo ante testamentum factum solemniter renunciasse, eaque renunciatio more & instituto civitatis publice recepta esse: eo renunciationis huius effectu ut maioribus & legi civitatis qui ita renunciavit pro cive amplius non habeatur. Non dubium igitur, quin qui ita renunciavit, idem & in numero civium esse desierit, et si eodem statu testamentum fecerit, non magis testamentum valeat, in quo civem Norimbergensem exigimus, quam si nunquam civis fuisset, ut sic testamenti factio non ex eo tempore, quod antecessit, sed ex tempore testamenti facti in testatore spectetur, ut in testamentis observatur, §. ***præterea***, & deinceps toto titulo ***Institution. Quibus non est permissum facere testament.***

ALBE-

Digitized by Google

ALBERICUS GENTILIS
S. D.
HUGONI DONELLO
IURISCONSULTO CLARISSIMO.

AUt vinci pudorem a necessitate oportet: aut is homo ridiculus est, qui vim verecundiæ minus facere potest. Cur enim ita non exordiar? Ut nescio quis in hunc usque diem pudor me, Clarissime Donelle, tenuit, quominus, quod cupiebam tamdiu maxime, literas aliquas ad te darem, captandæ scilicet amicitiæ tuæ gratia: ita nunc pudorem frangit penitus (nec me invito) difficultas quædam, qua irretitus sic teneor, ut omnino sit mihi necesse, aut tuum auxilium implorare; aut inepte, vel in ignorantiæ tenebris iacere, vel miris torqueri modis, dum multos dies nequaquam contendo, si ipse me ab ea molestia liberare possim. Ac quidem (ne te multis morer), id est, quod me nunc sollicitum habet: Nulla mihi verior, iam annos quatuordecim in iure versanti, visa est sententia ex iis, quæ a nostratibus controvertuntur: quam receptior illa, ut verbis coniunctus re coniuncto præferatur. Nimis enim videtur in eam rem aperta *L. re coniuncti.* & nimis huius legis verba contaminantur ab iis, quiqui sint, qui Iohannis, & antiquiorum opinionem sequuntur (de quibus apud te dicere, opus non est). & a Iasone, aliisque abunde sunt confutati. Sed & Bartolus, & qui etiamnum a partibus eius glossatoris manent, vel invitis hominis sententiam tenendam aiunt, pares hosce coniunctos facientis: idque adeo propter unam *L. Mævio, D. de legat.* 2. Quid tu, Donelle eruditissime? Ego a Paulo rem istam & ex professo, & plenius *in d. L. re coniuncti*, tractante, ne latum quidem unguem, discedere ob Iavolenum possum. Et (ut tibi, qui sim, fatear) in ea sum opinione constitutus, nullas esse in iure nostro antinomias. Quid ergo? satisfactum cuperem Iavoleno, ac Pauli simul illam decisionem manere, qua verbis coniunctum facit altero superiorem. Huic desiderio meo nullus ex tanto interpretum numero, quos vidi, nec tantillum præstat. Et adii, opinor, omnes, quorum suppeditat copiam Anglia, facto ab glossariis ipsis initio, usque ad Iohannem, sed & Alciatum præterea, &, qui te Doctoratus insignibus ornavit, Duarenum. Nam quid facilius, quam omnium dictata, commentave iustis quidem argumentis refutare? Age, obsecro te, vir humanissime, postquam libri te tui, multorum sermones, Scipionis fratris mei, auditoris tui literæ, lucifconsultum eximium clamant, & eximia præditum humanitate contestantur, age, exime me ex ista salebra. Quod nullum ego non tentem modum, quo me inde expediam: id sane, aut contrarium facit, aut iuvat omnino nihil. Suspicabar, falsas illas esse interpretum traditiones, quibus docemur, coniunctos verbis hos dici, qui verbo uno sint in oratione copulati: & arbitrabar potius eos esse, qui non tantum verbo uno, sed eadem oratione vocati sic essent, ut, si eorum aliquis submoveretur, verba inepta relinquerentur, & oratio tota vitiosa. Collegi eam definitionem ab exemplo posito in ipsa *L. re coniuncti*, ex quo si alterum nominatorum amoveo, insulsam hanc relinquo orationem: TITIO FUNDUM ÆQUIS PARTIBUS LEGO. Confirmabar in ea deliberatione, quoniam *verbis*, non *verbo* coniunctos viderim hos appellari. Accedebat quod re coniunctorum Paulus definitionem tradiderit: verbis autem coniunctorum.

rum exemplum poſuerit ſolum, ut ſignificare voluiſse viſus ſit mihi, exemplum illud definitionem alterius coniunctionis referre poſse. His ita quaſi conſtitutis, verbis coniunctionem in *L. Mævio*, eſse, iam iam negare incipiebam, quia, ſive Seium, ſive Mævium tollerem ex ea oratione, aptiſſima nihilominus maneret oratio, atque ſententia; incipiebam credere, Mævium, & Seium re eſse coniunctos. Etenim & aliquam adeſse coniunctionem oporteat, ubi de iure agitur adcreſcendi; & ſeparatim honorati ſolent dici (quod ibi fit), qui iſta coniunctione ſociantur. Ita tum totam poteram belle componere: cum ecce contra irruere iſta video: Quomodo re coninncti ſunt illi, quibus non eadem pars, ſed altera, atque altera, ſive ſingulis dimidia legata eſt? Si habent ab initio partes, non eas ſibi concurſu faciunt? Et, si iſti ſunt ibi re coniuncti, quidni multo magis illi, quibus res eadem æquis partibus data eſt? Hæreo: adhuc tamen me commonebam. Rem eamdem datam utrique volui, quia Mævii pars ſic in parte fuerit Seii, & contra; ut nec ille, nec iſte poſſit vel unam glebam, vel atomum ſibi propriam in eo fundo adſerere, confuſa penitus unius in alterius portione. Quod & ratio dictat, & Bartolus ſcribit in *§. duobus, D. eod. Cap.* Advocabam huc Q. Mutii opinionem dicentis, appellatione partis rem pro indiviſo ſignificari; atque ita pro indiviſo fundum illis legatum credebam; & ad partes has conſtituendas, quæ re coniunctionem impedirent, tam partium non nominationem non ſufficere in *L. Mævio*; quod figura tantum illæ partes eſsent: non vi ac poteſtate. Nec enim tertium firmum eſse, plane in animum inducere potui. Nam qui, re pro indiviſo relicta, ſi verba deinde illa adiiciat, ÆQUIS PARTIBUS, is videtur omnino voluiſse rem indiviſam dividere ex altera Servii opinione. Quid enim aliud voluiſse poteſt? Addebam quod, ſi re coniunctionem iſto caſu etiam admiſiſſent auctores, nulla ſupereſſet in toto iure verbis coniunctio: ſed mixta altera eſſet, altera realis; & illud quidem de mixta inerudite diceretur, ſi non daremus ſeparatam alteram, & ſimplicem ſpeciem coniunctionis, id eſt verbis. Poſtremo ſic ratiocinabar. Re coniunctio perit, admixta expreſſa verbis coniunctione, quia illa ſane fuerit infirmior, utpote quam per argumenta elici, neceſſe ſit, & coniecturas. Nam quod idem Titio, & idem Seio debeatur, non aliter quidem cognoſcimus, niſi quoniam partes nullas poſſumus conſiderare, vel invenire, quæ non ſint utriuſque pariter communes. Quid mirum itaque, ſi, ſimul manente expreſſa verbis coniunctione, nullius eſt altera conſiderationis, aut momenti? Admixta pereunt ſatis multa, quæ ſola manere potuiſſent. Et ita pereat igitur re coniunctio admixta verbis coniunctioni in exemplo *L. re coniuncti*; & maneat, quæ ſola ſtat in ſpecie *L. Mævio*. Abſolvi autem ineptias meas. (Nam quo alio hæc nomine appellem, quæ nec placere poſſunt auctori ſuo?): ſed cauſſam antea veriſſimam expoſui, cur voluerim & iſta adſcribere, ut plane me in hac quæſtione hærere, intelligeres, tuamque opem atque explicationem magis elicerem. Quod te facturum pro ſingulari illa tua doctrina, atque humanitate, certo confido. Ex eo quidem tantus amori, & obſervantiæ in te meæ cumulus accedet, quantus maximus eſſe poteſt. Quod ſi quid viciſſim hic in Anglia, tua cauſſa poſſum, enixe abs te peto, ut velis tantum quid valeam, ſignificare.

Hoc ſatis fuiſſe, re ipſa cognoſces. Vale.

Oxonii. v. Id. Febr. MDLXXXIII.

HUGO-

Digitized by Google

HUGO DONELLUS
ALBERICO GENTILI
IURISCONSULTO DOCTISSIMO
S. D.

Quæcunque tibi occasio esse potuit ad me scribendi, Alberice Gentilis doctissime, non potuerunt literæ tuæ, cum a te, atque ab isto animo essent, non esse gratissimæ. Fuerunt certe tales apud me, non solum quod viro docto, & ingenioso, &, quod ad commendationem præcipue valet, brevitatis amante dignæ visæ sunt: sed etiam quod testes essent benevolentiæ tuæ erga me: benevolentiæ tanto iucundioris, quanto nullis meritis meis provocata, proclivior tam procul in te extitisset. Quam quia tam amanter significas, studebo, eam pari benevolentia, & paribus studiis tueri, & augere. Quando autem per hanc a me petis, ut de quæstione, quam proposuisti, sententiam meam ad te perscriberem; idque, ut in quæstione difficili, & quæ te angit, tam ardenter facis: non tam indignus sim illa benevolentia, quam nomine hominis, si paulo plus otii nactus, hoc, quidquid est, otii tibi denegarem. Optassem, coram de re tota licuisset inter nos conferre. Scio enim, cum quædam dixero, quæ mihi vera videantur, tibi homini erudito, & in rebus pernoscendis, ut adparet, non oscitanti, sed cum cura, & fide versanti, multa occurrere posse, quæ scrupulum moveant, quæ cum eveniant inter absentes, non potest his litera respondere. Veruntamen quando ita urges, & res tantopere ad voluntatem tuam pertinet, malui in eo responso certitudinem, quam officium meum abs te requiri. Cognovi diligenter, non solum quid sit, de quo me consulis, sed etiam quam non sit de nihilo, cur in eo hæreas. De quo ut respondeam, principio ita tecum statuo (quæ nobis cum omnibus doctis viris, & non omnino ineptis interpretibus communia fere sententia est), nihil esse verius, quam verbis coniunctum in portione coniuncti deficiente, cæteris, cum heredibus, tum legatariis, qui ad eamdem rem vocati sunt, esse potiorem. Recte in ea sententia cum se tibi habeant alia omnia, non est necesse apud te attingere, quæ tu non requiris. Unum responsum Iavoleni, quod contra vulgo citari solet, anxium te habet *L. Mævio, D. de legat.* 2. in quo hoc dici vulgo putatur, verbis coniunctum in portione coniuncti deficiente non solum admitti, sed una cum eo etiam eum, qui re tantum coniunctus est; ita etiam cæteris in ea portione non esse potiorem. Sic autem verba sunt: *Mevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius utrique adcrescit:* id est, non Mævio tantum, sed etiam Titio, quem constat, cum prioribus duobus; non verbis, sed re tantum coniunctum fuisse. Nos vero ne dubitemus, nihil hic esse contrarium superiori sententiæ. Esset aliquid, & quidem maxime, si Mævius & Seius in ea specie essent verbis coniuncti. Nunc autem non sunt. Hoc quidem diserte de his Iavolenus scribit. Ait enim, in toto eo legato separatim & partes fundi, & totum fundum legatum esse. Scimus autem, eos, quibus separatim legatur eadem res, non alios esse, quam quos dicimus re coniunctos. *L. re coniuncti, D. de legat.* 3. Sunt ergo isti, sententia ipsa Iavoleni, re coniuncti, non verbis; ut non sit mirum, cum Mævio, qui ex his unus est, etiam alios re coniunctos ad portionem deficientem admitti. Et tamen, ut de eo statui possit certius, intelligaturque nihil huc non recte respondisse Iavolenum, aut parum

rum aliorum veterum sententiis de coniunctis, & iure adcrescendi convenienter; constituenda est nobis verbis coniunctorum definitio. Ea rem omnem facile expediet. Sciamus, verbis coniunctos non esse eos, quos una oratio coniungit, seu quibus una oratione legatur aliquid, sive fiat uno verbo communi, sive pluribus; sed quibus eadem oratione legatur res eadem, eaque semel, & in commune ambobus, hoc tamen adiecto, ut dicat testator, *ex aequis partibus*; sive ut iubeat, eos aequas inde partes habere. Ne legetur duobus res una, sed singulis res diversae; quanvis eadem oratione id fiat; constat nullo modo esse coniunctos, eoque nec coniunctos verbis. Ac de eo inter omnes convenit. Veluti, *Titio, & Maevio singulos servos do, lego*, aut *Titio Stichum, & Maevio Pamphilum do lego. L. huiusmodi, §. 1. D. de legat.* 1. Non est satis eandem rem legatam esse duobus; sed & semel, & in commune his legatum esse oportet, ut fiant verbis coniuncti, sive eos re, & verbis, sive verbis tantum coniunctos esse volemus. Itaque erunt isti re, & verbis coniuncti, si, nullis expressis partibus, testator ita leget: *Seio, & Maevio fundum Tusculanum do lego*. Erunt iidem coniuncti tantum verbis, ut nunc coniunctos vocamus, si testator, adiectis partibus, ita dicat: *Seio, & Maevio fundum Tusculanum ex aequis partibus do lego*. Hoc sentio in his, qui sunt coniuncti verbis tantum, partes quidem aequas eiusdem rei testatorem appellare debere, quas dicat se tribuere singulis istis: sed nihil agere ad hanc coniunctionem, nisi prius istis ambobus simul, & semel idem fundus coniunctim legatus sit solidus, cuius deinde partes inter ipsos exprimat. Meminerimus enim, illam sententiam Celsi esse verissimam, & ad omnes coniunctos pertinere: Toties ius adcrescendi esse (non est autem, nisi inter coniunctos) quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est, sive fit divisus tacita sententia testatoris, sive testator postea hanc divisionem iniungeret. *L.* 3. in princip. *D. de usufr. adcr.* Nec aliam significationem habet, quod dicitur in §. *si eadem, Inst. de legat.* Ius adcrescendi esse, cum duobus res eadem, id est res una solida legata est, sive coniunctim id fiat, sive disiunctim. Ex hac definitione de proposita specie iudicetur. Testator ita legavit: *Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam do lego*. Ex superiore definitione, aut hi non sunt omnino coniuncti; aut sunt re tantum coniuncti, non verbis. Si testator duas dimidias intellexit, non sunt isti coniuncti omnino, quibus partes divisae, Id est res alia, atque alia singulis, non eadem duobus legata est. Si eandem dimidiam: non possunt hi dici coniuncti, quorum singulis eadem res, id est eadem dimidia separatim, non semel, & simul ambobus legata est, idque non appellatis eius dimidiae partibus. Et, rogo, quid interest, utrum ita legetur: *Maevio fundum Tusculanum do lego, Seio fundum Tusculanum do lego*: an vero ita: *Maevio fundum Tusculanum, Seio eundem fundum do lego?* Nam & hic in Maevii legato necessario subaudiendum est verbum, *lego* quod utrum exprimatur, an intelligatur, ad sententiam testatoris, & speciem legati nihil interest. Atqui tale est hoc legatum; *Maevio fundi partem dimidiam. Seio partem dimidiam lego*, si modo eandem dimidiam hic intelligimus, & volumus istos inter se esse coniunctos; sic igitur illi inter se, sunt coniuncti, verbis non sunt. Hic iam ad illa tua venio, ex quibus te non explicas. Nam quomodo, inquis, re coniuncti sunt illi, si non eadem pars, sed altera, atque altera legata est? si habeat ab initio partes, non eas sibi concursu faciunt? Recte quaeris, & omnino tecum sentio, ac superioribus consequens est, non futuros istos coniunctos, nec tales, inter quos sit ius adcrescendi; si his duae dimidiae legatae sint, id est res diversae singulis, non ambobus una, & eadem dimidia. Quod futurum esset, si hi tantum essent legatarii, nec praeterea Titio fundus legatus. Non enim quia sunt istae indivisae, & inter se confusae partes, eo minus sunt diversae, quarum una potest esse unius, & altera alterius. *L.* 5. *D. de stip. serv.* Et ideo si quis duos tales solos proponat, quales dixi, putem, deficiente Seio, eius partem non ad collegatarium, sed ad heredem pertinere. Aliter atque in duobus heredibus, quorum unus institutus sit ex dimidia parte, alter ex altera dimidia. *L. Iulianus* in pr. & §. 1. *D. de her. instit.* Quoniam conditio hereditatis non patitur, ut si quis solus sit ex testamento heres, eiusdem hereditatis partem habere possit, alteram non habere. *L. un. §. in his itaque, C. de cad. toll.* Quod non item recipitur in legatis. In quo genere nihil prohibet, fundi hereditarii partem dimidiam alicui legari, ut nihilominus altera dimidia maneat apud heredem. Quid ergo est? Ego te istis obiectionibus uno verbo libero. Non est in proposita specie Maevio & Seio alte-

altera atque altera dimidia pars legata, sed una ambobus atque eadem dimidia. ideo vere sunt coniuncti, quibus eadem res legata est; & coniuncti re, quibus non coniunctim, & semel eadem dimidia legata est, sed separatim singulis; puta Mævio dimidia, & separatim, atque iterum Seio eadem dimidia, idque non expressis eius dimidiæ partibus æquis, ut hoc quidem constet, si his una dimidia reiicta est, quidvis potius esse, quam verbis coniunctos. Ex quo etiam sequitur, ut non habeant isti ab initio rei sibi legatæ partes, quod metuebatur: sed eas concursu sibi faciant. Tantum quæstio huc redit, an videatur istis legari eadem dimidia, cum appareat singulis legatam esse dimidiam: constat autem, in omni toto duas esse diversas dimidias. Et sane, si soli essent isti legatarii, negari non posset, Singulas dimidias singulis esse legatas, id est duobus duas. Sed, cum testator proponitur, eumdem fundum totum legasse Titio, efficit huius legati adiectio, ut prioribus duobus una intelligatur tantum dimidia legata esse, non duæ. Nam, si duas his dederis, habebunt totum fundum, eoque nihil ad Titium pertinebit. Certum est autem Titio utiliter relictum. Neque vero hoc aliter fit, quam si prioribus unam dimidiam datam interpretemur, quo Titius habeat saltem alteram dimidiam. Prioribus igitur una dimidia data est, non duæ. Id, de quo quærebatur. Congruit *L. cum quæstio*, *C. de legat.* Quo posito, sic legatum superius accipietur, quasi Mævius, & Seius sint in unam dimidiam inter se re coniuncti; Titius autem cum his, & hi cum Titio ideo re coniuncti in eamdem dimidiam; quia, cui totus fundus legatus est, ei utique & eadem dimidia legata est, cum verbo, *totius*, ambæ dimidiæ sunt ei legatæ. Similiter ut in usufructu coniunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri usufructus legatus est, *L. si alii*, *D. de usufr. legat.* Nec nos moveat quod Iavolenus partes legatas esse dicat, non partem. Verbis enim, duæ dimidiæ legatæ, (quia duæ fuut nominatæ, & repetitæ in singulorum Mævii & Seii persona, ac totidem futuræ erant, si in horum persona testator constituisset): re autem vera una tantum dimidia his legata, cum altera dimidia, per totius fundi legatum, data sit Titio. Habes responsum nostrum de proposita quæstione, quod cum totum ab animo amico profectum esse statueris, ut est, mihi persuasi, te quidquid hic officii nostri est, æqui bonique consulturum. Vale.

Lugduni Batav. v. April. ut in his locis nunc numeramus. M. D. LXXXIII.

Clariss. Viro, Alberico

Gentili IC.

Oxonium.

F I N I S.

Digitized by Google

0056 16265

Digitized by Google